E-BOOK

Caderno Anticrime e Alterações Legislativas Penais Recentes

Sumário

Pacote Anticrime, Crime de Perseguição, novos Crimes de Licitação e outras atualizações - Concursos de Delegado

Apresentação

Saudações, Pessoal.

Queremos apresentar nosso Livro de Atualização Criminal 2021, com as principais modificações de 2020 e 2021 nas disciplinas de **Direito Penal, Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial**. Haverá comentários sobre o **Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)** e, claro, sobre outras modificações legislativas importantes e relevantes mudanças de entendimento na jurisprudência.

Seguem as apresentações pessoais dos professores responsáveis pelos conteúdos:

Professor	Disciplina	Currículo
Michael Procopio Avelar	**Direito Penal**	Juiz Federal (TRF1). Ex-Juiz de Direito (TJSP). Mestrando em Direito Penal (USP). Pós-graduado em Filosofia e Teoria do Direito (PUC Minas) e em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais (Universidade de Pisa).
Leonardo Ribas Tavares	**Direito Processual Penal**	Juiz de Direito/PR (entrância final). Ex-Advogado da União e Sub-Procurador Chefe/SC. Ex-Chefe de Gabinete e Diretor de Secretaria Substituto (Justiça Federal/PR). Graduado pela UFPR, com três especializações. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutorando. Professor de graduação e pós-graduação. Professor e Ex-Diretor da Escola da Magistratura/PR.
Vitor de Luca	**Legislação Penal Especial**	Juiz Federal Substituto da Justiça Militar desde 2015. Ex-Defensor Público Federal de categoria especial (2006/2015). Ex-Advogado do Metrô-SP (2005). Especialista em Direito Militar. Professor de Direito Penal Militar, de Direito Processual Penal Militar, de Direito Penal, de Direito Processual Penal e de Legislação Penal Especial

A ideia foi trazer um caderno de **atualização da área criminal**, especialmente voltado aos concursos de **Delegado de Polícia**. Além de prover atualização para quem está estudando, esse livro digital enfoca em temas com alta probabilidade de incidência nas provas a seguir.

Vamos lá!

ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL – PROF. MICHAEL PROCOPIO

1 - PACOTE ANTICRIME

O Pacote Anticrime, a Lei 13.964/2019, trouxe alterações importantes no Direito Penal, Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial. Por isso, haverá comentários nas três seções, sendo que, neste tópico, serão abordados apenas os itens modificados diretamente no Código Penal:

1.1 - Legítima Defesa

Legítima defesa é a causa excludente de ilicitude que acoberta a conduta de repelir, de si mesmo ou de outrem, uma injusta agressão, atual ou iminente. Neste caso, há uma injusta agressão, a qual torna lícita a conduta que visa a neutralizar tal agressão.

Segundo Giuseppe Maria Bettiol, político e jurista italiano, é uma exigência natural a previsão da legítima defesa como excludente de ilicitude. Como o Estado não pode sempre garantir a segurança dos seus cidadãos, necessita permitir que se defendam de agressão injusta se não houver outro meio de se salvar.

O Código Penal trata da legítima defesa no artigo 25:

> Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

A Lei 13.964/2019 inseriu o parágrafo único ao artigo 25 do Código Penal, de seguinte teor:

> Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Buscou-se destacar uma situação, por razões eminentemente políticas, que já estava obviamente abrangida pela legítima defesa, que se configura justamente quando há a necessidade de se repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito de outrem. Pode ser visto o dispositivo como norma interpretativa, a demostrar que há legítima defesa no caso (algumas decisões mencionavam “legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal”), ou, como parece mais apropriado, como mero Direito Penal Simbólico, que passa uma mensagem política de apoio aos agentes e autoridades da área de segurança pública, mas nada muda na

regulação do tema, já que os requisitos da legítima defesa, previstos no *caput* do artigo 25, devem ser igualmente atendidos.

1.2 - Execução da pena de multa

O Código Penal trata da execução da pena de multa no seu artigo 50:

> Art. 50 – A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.
>
> § 1º – A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:
>
> a) aplicada isoladamente;
>
> b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
>
> c) concedida a suspensão condicional da pena.
>
> § 2º – O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

A Lei de Execução Penal, por sua vez, cuida do tema em seu artigo 164:

> Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.
>
> § 1º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução.
>
> § 2º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil.

Dada a diferença entre os dispositivos, tem prevalecido que o prazo para pagamento é aquele do artigo 164 da LEP, que prevê o seu início apenas após a "citação" do condenado para pagar o valor da pena de multa ou nomear bens à penhora.

É importante observar que o tema passou por uma grande mudança com a Lei 9.268/96 que, dando nova redação ao artigo 51 do Código Penal, passou a determinar o tratamento da pena de multa, imposta por sentença transitada em julgado, como dívida de valor da Fazenda Pública. A atual redação foi dada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que passou a prever a competência do Juízo da Execução Penal:

> Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada **perante o juiz da execução penal** e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa

> da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

O STF decidiu, no dia 13 de agosto de 2018, modificando seu próprio entendimento, que a legitimidade para cobrança da pena de multa é do Ministério Público, sem prejuízo de, subsidiariamente, a Fazenda Pública promover sua execução:

> "O Tribunal, por maioria, resolveu a questão de ordem no sentido de assentar a legitimidade do Ministério Público para propor a cobrança de multa, com a possibilidade subsidiária de cobrança pela Fazenda Pública, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018".

Após a modificação do entendimento do STF, o STJ modificou seu posicionamento:

> "Nos termos do novo entendimento desta Corte, firmado em consonância com o STF, no julgamento da ADI 3.150/DF, ocorrido em 13/12/2018, "a Lei n. 9.268/96, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da CF. Como consequência, por ser uma sanção criminal, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais" (CC 165.809/PR, Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 23/8/2019), razão pela qual, diante de seu caráter penal, não há falar em extinção da punibilidade da pena de multa nos casos de não pagamento. (STJ, AgRg no REsp 1855046/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/03/2020). "(...) Conforme o entendimento da Terceira Seção desta Corte, a pena pecuniária é considerada dívida de valor e, assim, possui caráter extrapenal, de modo que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. (...)" (STJ, AgRg no HC 441809/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 04/06/2019)

Para tornar o assunto mais complexo, a Lei 13.964/2019 modificou o artigo 51 do Código Penal, passando a prever que a execução deve se processar no Juízo da Execução Penal, o que parece reforçar a legitimidade do Ministério Público e afastar a da Procuradoria da Fazenda, ao menos após o início da sua vigência, prevista para 30 dias após a publicação:

> Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

É necessário aguardar se o STF manterá seu posicionamento após a alteração legislativa.

1.3 - Limite de cumprimento de pena

As penas de reclusão e detenção possuem seus limites estabelecidos no artigo 75, que **possuía** a seguinte redação:

> Art. 75 – O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.
>
> § 1º – Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
>
> § 2º – Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Assim, o limite fixado pela lei foi de 30 anos para as penas de reclusão e de detenção. É uma exigência constitucional, dada a vedação de penas de caráter perpétuo, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da Lei Maior.

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, modificou a redação do caput e do parágrafo primeiro do artigo 75 do Código Penal, para modificar o limite de 30 para 40 anos:

> Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a **40 (quarenta) anos**.
>
> § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a **40 (quarenta) anos**, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

A alteração era esperada por vários penalistas, dada a alteração na própria expectativa de vida desde a fixação do limite de 30 anos, não havendo que se falar em violação da vedação a penas perpétuas. Cuida-se de adaptação da norma, dada a modificação da realidade social, dentro dos limites permitidos pela Constituição.

Portanto, com a modificação legislativa, o limite fixado pela lei passou a ser de 40 anos para as penas de reclusão e de detenção, sendo que, se houver a fixação de penas em montante superior ao máximo, elas devem ser unificadas pelo juiz da execução, adequando-as ao teto.

Entretanto, as penas devem ser consideradas no todo, sem o corte do teto de 40 anos, para a finalidade de cômputo dos benefícios da execução penal, como a progressão de regime, as saídas temporárias, o indulto, a comutação (indulto parcial) e o livramento condicional.

Cumpre mencionar que o limite modificado só pode ser aplicado para os crimes cometidos após o início de vigência da Lei 13.964/2019, por se tratar de lei penal posterior que prejudica o réu.

1.4 - Livramento condicional

O livramento condicional (LC) é o benefício que consiste na soltura antecipada do executado, mediante o preenchimento de determinadas condições. Sua natureza jurídica, conforme entendimento que prevalece, é o de direito subjetivo do acusado. Busca-se a ressocialização, possibilitando ao executado, que ostenta bom comportamento carcerário, a liberação antecipada, sendo que, durante o restante da pena, deverá se comportar de forma a não ter o benefício revogado e cumprir determinadas condições. Está regulado pelo artigo 83 do Código Penal, de seguinte teor:

Art. 83 – O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III – comprovado:

a) bom comportamento durante a execução da pena;

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;

c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V – cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único – Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Cumpre destacar que o artigo 83 foi modificado, em seu inciso III, pela Lei 13.964/2019, cabendo comparar ambas as redações:

Antes da Lei 13.694/2019	Após a Lei 13.694/2019
III – comprovado comportamento **satisfatório** durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;	III – Comprovado: a) **bom** comportamento durante a execução da pena; b) **não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses**; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

Portanto, o livramento condicional é cabível nos casos de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos. É necessário que tenha sido comprovado o seu bom comportamento durante a execução da pena; o não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; o bom desempenho no trabalho que lhe foi

atribuído e a aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. Exige-se, ainda, que o executado tenha reparado o dano, salvo se comprovada a impossibilidade de fazê-lo.

No caso de condenado por crime doloso, praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do benefício fica subordinada à demonstração de condições pessoais do executado que levem à presunção de que ele não voltará a delinquir. O juiz pode, para tanto, determinar a realização de exame criminológico.

Por fim, em todos os casos, exige-se o cumprimento de determinado lapso temporal da pena, isto é, de determinada fração da pena privativa de liberdade imposta ao condenado. No caso de réu não reincidente em crime doloso e bons antecedentes, o lapso é de um terço. Na hipótese de condenado que seja reincidente em crime doloso, a fração é de metade da pena. Por fim, no caso de condenados por crime hediondo ou equiparado (tráfico de drogas, tortura e terrorismo) e de tráfico de pessoas, a fração é de dois terços, desde que não seja reincidente específico.

Cumpre mencionar, ainda, que a Lei 13.964/2019, ao modificar o artigo 112, inciso VI, alínea a, e inciso VIII, da Lei de Execução Penal, passou a vedar o livramento condicional para os condenados por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte. O artigo 2º, § 9º, da Lei 12.850/2013, introduzido pela Lei 13.964/2019, passou a vedar o livramento condicional para o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

1.5 - Confisco alargado

O artigo 91-A, acrescido pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, trouxe mais hipóteses de efeitos da condenação, introduzindo a figura do **confisco alargado**:

> Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.
>
> § 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:
>
> I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
>
> II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.
>
> § 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.
>
> § 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

O legislador restringiu a aplicação dos regramentos incluídos pela Lei 13.964/2019 aos crimes cuja pena máxima seja superior a 6 anos de reclusão. Portanto, não cabe a decretação da perda de bens, com base no artigo 91-A do CP, em todos os delitos.

A perda é decretada com fundamento na existência de **produto ou proveito** do crime. A ideia é alcançar bens do condenado sem exigência de comprovação de que ele decorre diretamente da atividade criminosa (produto) ou deriva dela, por conversão dos bens (proveito).

Nesta hipótese, o legislador exige apenas a demonstração de que o condenado possui patrimônio incompatível com aquele que poderia ter sido amealhado com seu rendimento lícito. Para tal comparação, o Código determina a consideração dos bens de titularidade do agente e daqueles sobre os quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, tanto na data da infração quanto após o seu cometimento, ou seja, os bens recebidos após a data do delito.

Consideram-se, ainda, como patrimônio do agente aqueles que forem transferidos a terceiros a título gratuito (como uma doação) ou mediante uma contraprestação irrisória (como um negócio de compra e venda simulado, em que o preço só serve para ocultar a natureza gratuita da alienação), a partir do início da atividade criminal. Entendo que, neste ponto, devemos considerar o início dos atos executórios, quando o agente já pode ser punido pela prática do delito, a título de tentativa.

O parágrafo segundo do artigo 92-A do CP permite, ao condenado, que demonstre que o patrimônio é compatível com sua renda lícita, o que afasta tal efeito da condenação. Possibilita, ainda, que o condenado demonstre a procedência lícita do patrimônio, como uma doação de um familiar ou o recebimento de uma herança.

A lei exige o pedido expresso do Ministério Público, que deve ser feito por ocasião da denúncia, inclusive com a indicação da diferença apurada entre o patrimônio que o condenado possui e o que seria compatível com sua atividade profissional e/ou econômica lícita.

Na sentença, o juiz deverá declarar a diferença efetivamente apurada, após o exercício do contraditório e da ampla defesa, com a especificação dos bens que terão a perda decretada.

Por fim, o parágrafo quinto do artigo 91-A do Código prevê uma regra específica para os **instrumentos** utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias. Nestes casos, serão declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal. Ainda se especifica que deve haver a perda ainda que tais instrumentos não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

Se for caso de competência da Justiça Estadual, a perda dos instrumentos do crime será em favor do Estado. Sendo de competência da Justiça Federal, os instrumentos do crime devem ser perdidos em favor da União.

Apesar de não haver menção a ser esse efeito automático ou não, a redação indica a necessidade de decretação judicial ("deverão ser declarados perdidos"), além de sua previsão estar em um artigo que menciona a necessidade de determinação na sentença. Deste modo, entendo ser também um caso de efeito não automático, que deve ser decretado pelo juiz de forma expressa.

1.6 - Causas suspensivas da prescrição

A prescrição possui causas suspensivas. A suspensão determina que o prazo deixe de fluir, ficando paralisado. Com o fim da suspensão, a prescrição volta a correr de onde parou.

Deste modo, se o prazo prescricional é de 10 anos e, ao completar 4 anos do prazo, sobrevém uma causa suspensiva, o prazo ficará congelado nos 4 anos já corridos. Cessada a causa de suspensão do prazo, este voltará a fluir, reiniciando-se nos 4 anos em que havia sido suspenso e correndo pelos 6 anos restantes.

As causas suspensivas da prescrição estão previstas no artigo 116 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019:

> Art. 116 – Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:
>
> I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;
>
> II – enquanto o agente cumpre pena no exterior;
>
> III – **na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis;**
>
> IV – **enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.**
>
> Parágrafo único – Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo

Entendo que as modificações só podem ser aplicadas para os crimes cometidos após o início da vigência da Lei, já que a prescrição tem natureza penal, por limitar o poder de punir. Deste modo, as hipóteses dos incisos III e IV do artigo 116 só podem ser aplicadas aos crimes cometidos a partir de 23 da janeiro de 2020. Vale mencionar que o inciso II só teve sua redação modificada, sem alteração de conteúdo da norma que dele se extrai.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que a prescrição não corre enquanto, em outro processo, não for resolvida questão de que depende a existência do crime. Também há suspensão do prazo prescricional no caso de o agente estar cumprindo pena no exterior.

A prescrição não corre durante a pendência de embargos de declaração, bem como de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis. Ou seja, deve-se analisar a não admissibilidade dos recursos para que haja a suspensão do prazo prescricional. A não admissibilidade significa que o recurso não passou pelo juízo de admissibilidade, ou seja, não se analisou o mérito[1].

Celebrado o acordo de não persecução penal, que foi instituído, sem base legal, por uma resolução do CNMP e, posteriormente, efetivamente criado pela Lei 13.964/2019, fica suspensa a prescrição enquanto ele não for cumprido ou rescindido.

Por fim, a prisão do indivíduo, por outro motivo, é uma causa suspensiva da prescrição. Enquanto o agente estiver preso por delito diverso, a prescrição não corre. Só voltará a correr quando ele for posto em liberdade, enfatizando que ele deveria estar preso por motivo diverso, ou seja, não em razão do delito cujo prazo prescricional estava suspenso.

A suspensão do curso do prazo prescricional não possui, na legislação, um limite expresso. A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 415 da sua Súmula, entendendo que se deve respeitar o máximo da pena cominada ao delito para delimitação do período de suspensão da prescrição:

O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada. (Súmula 415, STJ)

Deste modo, superado o tempo que corresponda ao máximo da pena cominada, o prazo prescricional deve voltar a fluir, estando ou não superada a causa suspensiva. Isto porque o STJ pacificou o entendimento de que a suspensão do prazo prescricional não é ilimitada, devendo ter como limite de duração a própria pena em abstrato cominada ao delito, em seu máximo.

1.7 - Roubo

A Lei 13.964/2019 passou a prever mais uma majorante, que incide no caso de emprego de arma branca:

> Art. 157 – Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
>
> Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
>
> § 1º – Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

[1] LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 62-63. No mesmo sentido, só admitindo a prescrição se não admitido o recurso: JUNQUEIRA, Gustavo et al. Lei Anticrime. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 30.

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I – (revogado);

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III – se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade;

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

VII – **se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;**

Vale recordar que o emprego de arma de fogo faz incidir a majorante do artigo 157, § 2º-A, com fração de 2/3.

No caso da arma branca, a causa de aumento será de um terço até metade. A alteração só vale para os crimes cometidos a partir do início da vigência da Lei 13.964/2019, definido para 30 dias após a sua publicação. Não se deve considerar a arma de brinquedo para a incidência do dispositivo, já que não se trata propriamente de arma, mas apenas de um objeto que pode enganar a vítima, configurando a grave ameaça, elementar do tipo penal.

O que é considerado arma branca?

Antes da lei 13.654/2018, a majorante apenas se referia ao emprego de arma. Sem especificação, haveria a majorante no caso de emprego de arma de fogo (como um revólver), de arma branca (como um punhal) ou de arma imprópria (como uma garrafa utilizada para tal fim). Referida Lei revogou tal majorante e passou a prever apenas a majorante de emprego de arma de fogo.

Com o advento da Lei 13.964/2019, buscou-se a correção da alteração legislativa anterior, incluindo-se mais uma majorante, a do emprego de arma branca. A questão é: podemos incluir apenas as armas que não sejam de fogo (como um punhal, uma adaga ou uma espada) ou também as armas impróprias (como a garrafa, o pedaço de espelho ou uma pedra pontiaguda)?

Apenas como referencial doutrinário, vamos analisar a legislação portuguesa (Lei 5/2006, artigo 2º, I, m) que trata do regime jurídico das armas e munições. Referido texto define arma branca como “todo o objeto ou instrumento portátil dotado de uma lâmina ou outra superfície cortante, perfurante ou corto-contundente, de comprimento superior a 10 cm, as facas borboleta, as facas de abertura automática ou de ponta e mola, as facas de arremesso, as estrelas de lançar ou equiparadas, os cardsharp ou cartões com lâmina dissimulada, os estiletes e todos os objetos destinados a lançar lâminas, flechas ou virotões”.

Deste modo, entendo que as armas impróprias, que antes da Lei 13.654/2018 tornavam o delito majorado, não permitem a incidência da majorante do artigo 157, § 2º, VII. Só há causa de aumento de pena no caso de emprego de arma branca, ou seja, de objetos fabricados para utilização como arma, como um punhal ou canivete, ou, pelo menos, que tenham lâmina ou superfície cortante, como uma faca de cozinha. De todo modo, será necessário acompanhar a interpretação a ser dada pelo Judiciário.

Em uma posição diversa, mas também com interpretação restritiva, Renato Brasileiro de Lima defende que a arma branca pode ser própria ou imprópria. Entretanto, relata que arma branca não corresponde a qualquer arma que não seja de fogo, com o que concordarmos. O autor aponta não estarem abrangidos no conceito de arma branca "uma pedra, um pedaço de vidro, um taco de beisebol, uma barra de ferro ou instrumentos com potencialidade lesiva semelhante"[2].

É importante esquematizarmos as confusas mudanças legislativas, sobre a majorante de emprego de arma, para melhor visualização:

Antes da Lei 13.654/2018	Após as alterações da Lei 13.654/2018	Após as alterações da Lei 13.964/2019
§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;	§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I – **(revogado)**	§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: VII – se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

Portanto, a partir de 23 de janeiro de 2020, com o início de vigência da Lei 13.964/2019, passa a ser majorado o crime cometido com emprego de arma branca. Anteriormente, o crime deve ser considerado simples, seja por ter sido cometido no intervalo entre o advento da Lei 13.654/2018 ao início de vigência da Lei 13.964/2019, seja por ter a Lei 13.654/2018 retroagido para beneficiar os crimes cometidos anteriormente. É porque neste interstício só havia previsão de majorante para o emprego de arma de fogo, mas não de arma branca.

Ademais, o parágrafo 2º-B do artigo 157, do Código Penal, foi introduzido pela Lei 13.964/2019:

> § 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

Portanto, só pode ser aplicado o dispositivo para os delitos cometidos a partir do início de sua vigência.

A pena do caput, de reclusão, de quatro a dez anos, e multa, receberá um aumento para o dobro na terceira fase da dosimetria, em razão da incidência da majorante se houver emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. É possível também a interpretação de o crime ser qualificado, com a pena do *caput* prevista em

[2] LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/16 – Artigo por Artigo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

dobro, ou seja, passa a ser de 8 a 20 anos de reclusão. Cuida-se de norma penal em branco, de modo a depender da definição dada atualmente pelo Decreto 9.847/2019, que regulamenta a Lei 10.826/2003.

1.8 - Estelionato

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, introduziu o parágrafo quinto ao artigo 171 do Código Penal, que, portanto, se aplica ao estelionato e a todas as modalidades equiparadas (como a defraudação de penhor). Traz o dispositivo hipóteses em que a ação penal passa a ser pública incondicionada:

> § 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:
>
> I – a Administração Pública, direta ou indireta;
>
> II – criança ou adolescente;
>
> III – pessoa com deficiência mental; ou
>
> IV – maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

Portanto, a regra é a ação penal pública condicionada à representação. A ação penal passa a ser incondicionada se o delito for praticado contra a Administração Pública, direta ou indireta; contra criança ou adolescente; contra pessoa com deficiência mental; contra maior de 70 (setenta) anos de idade ou contra incapaz.

Sobre o direito intertemporal, a regra, como toda que diz respeito à titularidade da ação penal, tem natureza híbrida. Isto porque, quanto menos condicionada é a propositura da ação (ação penal pública incondicionada, submetida ao princípio da obrigatoriedade, por exemplo), mais fácil é o exercício do poder punitivo estatal. Quando se cria condicionante, como no caso (exigência de representação do ofendido, em regra), o poder punitivo encontra maior dificuldade para seu exercício). Por isso, ainda que a ação penal seja matéria processual penal, também tem relevância para o direito material, daí sua natureza híbrida.

Por isso, a norma mais benéfica se aplica de imediato. A dúvida que surge é quanto à ação penal já iniciada:

- Ato jurídico perfeito, não havendo que se falar em exigência de representação;
- Exigência imediata de representação;
- Utilização do artigo 91 da Lei n. 9.099/95 como analogia (intimação para oferecimento de representação no prazo de 30 dias, no caso de ação em andamento).

O STJ já adotou, em julgado recente, a tese do ato jurídico perfeito, não exigindo representação se a ação já havia sido proposta:

> “2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como "Pacote Anticrime", alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos de idade ou incapaz.

3. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade. Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413." (STJ, HC 573093/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 18/06/2020).

1.9 - Concussão

A pena, na forma do caput, era de reclusão, de 2 a 8 anos, e multa. Isso se mostrava nitidamente desproporcional com a pena da corrupção passiva, em que a conduta do agente é menos grave e a pena máxima chega aos 12 anos. Com o advento da Lei 13.964/2019, a pena passou a ser de 2 a 12 anos de reclusão, e multa, o que, por ser alteração mais gravosa, só se aplica aos crimes cometidos após o início de sua vigência.

1.10 - Qualificadora do homicídio: emprego de arma de uso restrito ou proibido

A qualificadora é a forma do tipo penal em que se comina uma diferente pena em abstrato, com novos limites mínimo e máximo. O homicídio qualificado está previsto no § 2º do artigo 121:

Homicídio qualificado

§ 2° Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossivel a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Feminicídio

> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
>
> VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:
>
> VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Com a derrubada do veto, pelo Congresso Nacional, a alguns dispositivos da Lei 13.964/2019, apenas na data de 19/04/2021, foi inserida uma nova qualificadora ao homicídio. O inciso VIII trata do homicídio praticado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

Cuida-se de norma penal em branco, pois depende de norma que defina o que é a arma de fogo de uso restrito ou proibido. As normas que atualmente complementam o dispositivo estão no Decreto 9.847/2019, que regulamenta a Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

1.11 - Crimes contra a honra nas redes sociais

Os artigos 141 a 145 do Código Penal trazem disposições comuns aos crimes contra a honra.

1.11.1 - Formas majoradas

Conforme o artigo 141, § 1º, em caso de crime **mercenário**, ou seja, praticado mediante paga ou promessa de recompensa, o crime contra a honra será majorado, sendo que neste caso o aumento de pena implicará que ela seja **dobrada**.

Com a derrubada do veto do Pacote Anticrime, foi inserido o parágrafo segundo ao artigo 141. Se o crime for cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se **em triplo** a pena. Chama a atenção o *quantum* de pena que, apesar de se justificar na ampla e rápida difusão desses delitos quando praticados em redes sociais, como Twitter, Facebook e Instagram, leva a uma punição maior do que o crime de lesão corporal. Por isso, questiona-se a sua proporcionalidade.

2 - Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Produto Destinado a Fins Terapêuticos ou Medicinais

Houve recente decisão envolvendo a pena do crime previsto no artigo 273, que, na modalidade dolosa, é de 10 a 15 anos de reclusão e multa. Sua desproporção é patente, quando se compara, por exemplo, o crime de homicídio simples (reclusão, de 6 a 20 anos) ou de tráfico ilícito de entorpecentes (reclusão, de 5 a 15 anos, e multa).

Ademais, cumpre lembrar – e esta é uma das causas de arguição de inconstitucionalidade – que o crime do artigo 273 do Código Penal abrange, por disposição do seu artigo § 1º-B, V, do CP, aquele que tem em

depósito para a venda cosmético de procedência ignorada. Ou seja: a pena abstratamente cominada (ao menos a mínima, que mais influencia a dosimetria) é maior para o caso de alguém ter um produto cosmético de origem ignorada em seu estabelecimento do que de possuir cocaína para distribuição.

Deste modo, passou-se a questionar a constitucionalidade da pena prevista para a infração penal do artigo 273 do CP. O STF, na primeira análise do tema, decidiu que não caberia ao Judiciário alterar a pena escolhida pelo legislador, o que seria violação do princípio da separação de poderes.

Entretanto, pouco tempo depois, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º, V, do CP, em festejado julgado:

> "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma." (STJ, AI no HC 239.363/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, DJe 10/04/15).

Pela argumentação expendida no decisum, é possível que o entendimento seja aplicado para outros casos além do inciso V do parágrafo 1º-B do artigo 273, em razão de haver modalidades do crime em que também se nota a desproporcionalidade da pena cominada. Vale ressaltar que o Ministro Og Fernandes apresentou voto vencido, pois ele entendia pela declaração da inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, como um todo, e não apenas do inciso V.

O Supremo Tribunal Federal, de início, apreciou casos em que a dosimetria ocorreu da forma como entende o STJ e não os reformou. Assim, manteve a aplicação da pena aplicável ao tráfico de entorpecentes, mas sem adentrar o mérito da controvérsia.

"(...) 3. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no artigo 273, §§ 1º, 1º-A e 1º-B, I, V e VI, do Código Penal, sendo-lhe aplicado preceito secundário do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, com fulcro no princípio da proporcionalidade. O Tribunal de origem negou incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em razão da habitualidade delitiva. 4. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos (...)" (STF, HC 168769 AgRg/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento em 24/06/2019).

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Tese infundada. 3. As penas cominadas ao delito do artigo 273, §1º-B, do Código Penal devem ser substituídas por aquelas previstas no artigo 33 da Lei de Drogas, mantida a constitucionalidade do preceito primário daquele tipo. 4. Agravo desprovido. (STF, RE 1105421 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 08/02/2019).

Em 24 de março de 2021, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que a pena, para o caso do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, tem uma sanção penal inconstitucional. Assim, entendeu aplicável a pena anteriormente prevista pelo instituto, em efeito repristinatório. Atenção para a delimitação do julgado, que se restringe à hipótese de importação de medicamento e, assim, não corresponde exatamente à inconstitucionalidade declarada pelo STJ (art. 273, § 1º-B, inciso V). Foi fixada a seguinte tese:

"É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 - reclusão de 10 a 15 anos - à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária - reclusão de um a três anos e multa".

Vamos procurar visualizar o que há de declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais Superiores:

Decisão	Dispositivo	Sanção
STJ (Órgão Especial)	Art. 273, § 1º-B, inciso V	Tráfico de entorpecentes, por analogia (5 a 15 anos de reclusão e 500 a 1.500 dias-multa)
STF (Pleno)	Art. 273, § 1º-B, inciso I	Pena anterior, por efeito repristinatório (1 a 3 anos de reclusão e multa)

Vale mencionar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que introduzir produtos para fins terapêuticos ou medicinais configura o crime em estudo, e não o de descaminho. Ademais, tem entendido não ser cabível a aplicação do princípio da insignificância:

"1. A conduta de introduzir no país produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente ou de procedência ignorada se subsume ao delito do artigo 273, §§ 1º, 1º-B, I e V, do CP, sendo equivocada a desclassificação da conduta para o crime do art. 334 do Código Penal (descaminho), por afronta ao princípio da especialidade da norma penal imputada ao réu. 2. A jurisprudência deste Sodalício orienta-se no sentido de ser descabida a incidência do princípio da insignificância na hipótese em que o agente introduz no território nacional medicamentos não autorizados pelas autoridades competentes, in casu a

importação de oitocentas unidades da pomada Dragon and Tiger, produto não registrado na ANVISA, diante da potencial lesividade à saúde pública. 3. Embora haja relevância jurídica em se punir tais condutas, verifica-se a necessidade de atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. (...).” (STJ, AgRg no REsp 1618458/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/05/2018).

“(...) 3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao crime do art. 273, §1. º e § 1.º-B, incisos I, V e VI do Código Penal, qualquer que seja a quantidade de medicamentos falsificados apreendidos. (...)” (AgRg no REsp 1852819/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 16/12/2020)

3 - MAUS ANTECEDENTES

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu recentemente sobre efeitos da condenação criminal. O Tribunal definiu que condenações criminais extintas há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para a fixação da pena-base em novo processo criminal. Conforme entendimento da corte, o instituto dos maus antecedentes não deve ser utilizado para a formação da culpa, contudo, poderá subsidiar a discricionariedade do julgador na fase de dosimetria da pena, quando já houve a condenação.

A tese de repercussão geral fixada no julgamento foi a seguinte:

"Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

A decisão da corte se deu seguindo o voto da relatoria pelo Ministro Luís Roberto Barroso, segundo ele em seu voto, deve haver uma distinção entre reincidência e maus antecedentes e que um não pode ser confundido com o outro, uma vez que tratam se de institutos diferentes para diversas finalidades na fixação da pena. A reincidência é um requisito axiológico analisado na primeira fase de aplicação da pena, enquanto o outro, por se tratar de uma das circunstâncias agravantes, é aplicado na segunda fase.

4 - DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

A denunciação caluniosa foi objeto de duas mudanças legislativas recentes. Houve a aprovação do crime de denunciação caluniosa eleitoral, introduzido no Código Eleitoral pela Lei 13.834, de 4 de junho de 2019. Na sequência, a Lei 14.110, de 18 de dezembro de 2020, alterou o artigo 339 do Código Penal, que trata do crime de denunciação caluniosa “comum”, que passaremos a analisar. O delito de denunciação caluniosa já estava previsto no artigo 339 do Código Penal, que possuía a seguinte estrutura:

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

Com a superveniência da Lei 14.110, de 18 de dezembro de 2020, apenas o caput do artigo 339 do Código Penal teve sua redação alterada, com ampliação do seu âmbito de incriminação. O tipo simples ficou com o seguinte conteúdo:

Art. 339. **Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente**:

Vejamos as principais alterações:

TIPO PENAL	ANTES	DEPOIS
Dar causa à instauração de	Investigação policial	**Inquérito policial, procedimento investigatório criminal**
	Processo judicial	Processo judicial
	Investigação administrativa	**Processo administrativo disciplinar**
	Inquérito civil	Inquérito civil
	Ação de improbidade administrativa	Ação de improbidade administrativa
Imputando-lhe	Crime de que o sabe inocente	Crime, **infração ético-disciplinar ou ato ímprobo** de que o sabe inocente

A conduta nuclear foi mantida, consistindo em “dar causa a”, que significa motivar, provocar, ocasionar. Entretanto, houve a alteração do teor do tipo penal, de modo a abarcar condutas antes não previstas, de modo que se trata de *lex gravior* ou *novatio legis in pejus*. Em princípio, não parece ter havido *abolitio criminis*, mas isso será analisando com mais profundidade.

A conduta incriminada era dar causa à instauração de investigação policial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Atualmente, a redação foi alterada, tendo havido a troca da expressão “investigação policial” pelos termos mais específicos: “inquérito policial” (IP) e “procedimento investigatório criminal” (PIC). Além disso, foi excluído o termo “investigação administrativa”, com a inserção do termo “processo administrativo disciplinar”.

Sobre a troca da expressão genérica “investigação policial” por suas espécies, consistentes no inquérito policial, via de regra a cargo da polícia judiciária, e no procedimento investigatório criminal, que é utilizado pelo Ministério Público em sua atividade investigativa. Vale lembrar que, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 593727, o STF reconheceu o poder de investigação do MP.

Deve-se destacar, entretanto, que, no caso de investigação pela polícia, o tipo não exigia a instauração do inquérito, mas se contentava com o início da investigação policial em virtude da falsa imputação do crime a

alguém. Atualmente, exige-se mais, pois é necessária a efetiva instauração do inquérito ou do procedimento investigatório.

Quanto ao termo "investigação administrativa", parece ter havido a troca por um termo menos amplo, já que "procedimento administrativo disciplinar" tem um significado mais restrito. Como infelizmente é comum na área jurídica, as expressões muitas vezes são usadas sem uniformidade de sentido, o que pode levar a confusões terminológicas. De todo modo, a Controladoria-Geral da União (CGU), por exemplo, define que a investigação preliminar é "procedimento sigiloso, instaurado pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar" (Portaria 335 – CGU, art. 4º, inciso I).

Se for tomada a concepção da CGU como base, teríamos a conclusão de que o tipo anterior já se contentava com a investigação preliminar, que é uma investigação administrativa. O tipo atual, entretanto, exige que se dê causa à instauração do procedimento administrativo disciplinar. Ainda que isso mereça maior discussão e possa trazer conclusões diferentes a depender da definição dos termos, a lei pode ter deixado mais restrita, nesse ponto específico, a conduta tipificada. Em caso de o agente saber que aquele a quem acusa de crime é inocente, pode-se concluir que é exigido, atualmente, o procedimento administrativo disciplinar, não bastando a investigação preliminar.

Além disso, é necessário que se acuse alguém que se saiba inocente de ter praticado crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo. Anteriormente, a lei só mencionava crime. Há novatio legis incriminadora, portanto, no caso da infração ético disciplinar que não configure, ao mesmo tempo, um crime.

No caso de improbidade administrativa, antes havia duas situações:

a) Se o ato ímprobo também era crime, era possível que o agente respondesse pelo artigo 339 do CP. Por isso, mesmo quando a lei só mencionava a imputação de crime a alguém que sabia inocente, já previa a instauração de ação de improbidade administrativa. Isso porque é possível que um mesmo fato configure crime e ato de improbidade administrativa.

b) Caso o ato ímprobo não configurasse crime, haveria a possibilidade de responsabilização penal pela infração prevista no artigo 19 da Lei 8.429/92, com sanção penal menor. Atualmente, a imputação de ato de improbidade a alguém que se sabe inocente configura o crime do artigo 339 do CP, desde que haja a instauração de inquérito civil, de procedimento administrativo disciplinar ou de ação de improbidade administrativa.

- ✓ **Então, surge a dúvida: foi revogado, tacitamente, o artigo 19 da Lei 8.429/92?**

1) É possível sustentar que o artigo 339 do CP regulou a matéria e decidiu exigir a efetiva instauração de inquérito civil, processo administrativo disciplinar ou ação de improbidade administrativa para a consumação do crime. Deste modo, não bastaria a representação por ato ímprobo contra alguém sabidamente inocente, seria necessário um resultado material para que o crime se consume. Ao regular a notícia falsa de ato ímprobo agora no Código Penal, o legislador passou a tratar da matéria de forma diferente, revogando tacitamente o artigo 19 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Caso não haja a instauração, o crime é tentado. É o que parece ser o melhor entendimento.

2) Entretanto, é possível sustentar que o artigo 19 da Lei 8.429/92 não foi expressamente revogado pela Lei 14.110/2020, o que demonstra que o legislador não teve essa intenção declarada. Obviamente, isso não impediria a revogação tácita. Alguns doutrinadores pareciam equiparar “representar” a “dar causa à instauração”, como Bitencourt, mas os termos não parecem sinônimos, já que “representar” traz uma conduta formal, basta a apresentação da notícia, enquanto “dar causa à instauração” demonstra uma conduta material, que exige resultado naturalístico consistente no início de um procedimento ou de uma ação. Para essa posição, o artigo 19 da Lei 8.429/92, com o advento da Lei 14.110/2020, passou a ter natureza subsidiária:

- Caso a representação por ato de improbidade contra alguém que se sabe inocente leve à instauração de inquérito civil, procedimento administrativo disciplinar ou ação de improbidade administrativa, haverá o crime do artigo 339 do CP;
- Caso a representação por ato de improbidade não leve à instauração de procedimento ou de ação, haverá o soldado de reserva, o crime subsidiário previsto no artigo 19 da Lei 8.429/92.

No caso de ação penal privada ou pública condicionada à representação, quem pode praticar o crime é a vítima, que apresenta queixa ou representação, ou seu representante legal, conforme o caso.

Quanto ao sujeito ativo, o crime é comum, de modo que autoridades que atuam na área criminal também podem praticar o delito, como delegados, promotores, procuradores e até mesmo magistrados.

O crime é comum, por não exigir qualquer qualidade específica do sujeito ativo. É, ainda, instantâneo, por se consumar em um dado instante do tempo. É doloso, sem previsão de modalidade culposa. É crime de ação penal pública.

Por ser sua conduta fracionável, classifica-se com plurissubsistente e admite a tentativa (*conatus*). Imagine que alguém envie uma *notitia criminis* falsa ao Ministério Público, procurando prejudicar um inimigo seu por uma discussão em uma partida de futebol. Entretanto, o membro Ministério Público já havia sido advertido sobre essa possibilidade e, ao receber as informações, percebe que se trata de mais uma perseguição pessoal com base falsa e arquiva a informação. Houve, então, modalidade tentada, pois o crime se consuma com a instauração do procedimento.

Além disso, era e continua sendo, após a alteração, um crime material. É o que se extrai do seguinte julgado do STJ, que consigna ser necessária a instauração de um dos procedimentos elencados no artigo 339 do CP ou a deflagração de investigação para a configuração do crime correlato:

> “(...) 1. Para a configuração do crime previsto no artigo 339 do Código Penal, é necessário que a denúncia falsa dê ensejo à deflagração de uma investigação, seja ela policial ou administrativa, ou de um processo judicial, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra a pessoa alvo da imputação. 2. Na espécie, constatando-se que a acusação formulada pelo paciente não deu ensejo à instauração de auto de apuração de ato infracional contra o adolescente indicado como partícipe do crime de roubo objeto de investigação policial em curso, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta. Precedentes. (...)” (STJ, HC 428355/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 01/08/2018).

Como se depreende do tipo penal, é necessária, para a configuração do tipo penal, a ciência de que o sujeito não cometeu o delito (ou ato ímprobo ou infração ético-disciplinar) que se lhe imputa:

> Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, "para caracterização do crime de denunciação caluniosa é imprescindível que o sujeito ativo saiba que a imputação do crime é objetivamente falsa ou que tenha certeza de que a vítima é inocente." (RHC 106.998/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 12/3/2019). (STJ, AgRg no HC 501188/RO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 02/03/2020).

4.1 - Forma majorada

O parágrafo primeiro do artigo 339 prevê majorante de sexta parte da pena, caso o agente se sirva de anonimato ou de nome suposto. Há um maior desvalor pelo fato de o agente prejudicar a Administração Pública sem sequer se identificar, dificultando a averiguação da falsidade de sua declaração e a autoria do delito efetivamente cometido (denunciação caluniosa).

4.2 - Forma minorada

O artigo 339, em seu parágrafo segundo, traz uma minorante da pena. Determina a diminuição da pena pela metade, no caso de a imputação ser de prática de contravenção. Portanto, caso se trate de uma infração penal de menor gravidade, definida pelo legislador como contravenção penal, haverá uma causa de diminuição de pena. Vale lembrar que a diferença entre crime e contravenção não é ontológica, ou seja, a natureza jurídica é a mesma. A diferença decorre de um juízo axiológico do legislador, ou seja, de infrações de maior e de menor gravidade.

4.3 - Denunciação caluniosa eleitoral: distinção

Antes do advento da Lei 14.110/2020, a matéria de denunciação caluniosa já havia sido alterada pela Lei 13.834/2019, que introduziu o artigo 326-A ao Código Eleitoral:

> Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
>
> § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.
>
> § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.
>
> § 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

> A conduta incriminada já era prevista no artigo 339 do CP, mesmo antes da atual redação dada pela Lei 14.110/2020. Entretanto, antes não se previa a denunciação caluniosa como crime na legislação eleitoral.
>
> Com a inclusão de um tipo específico no Código Eleitoral, que exige a finalidade eleitoral, o crime cometido nessas circunstâncias passa a conter os dois requisitos para a configuração de crime da competência da Justiça Eleitoral: a) previsão do tipo penal na legislação eleitoral; 2) finalidade eleitoral do agente (STJ, CC 127.101/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgamento: 11/02/2015).

Portanto, se antes o delito de denunciação caluniosa, mesmo com finalidade eleitoral, era julgado pela Justiça Comum Federal, com a alteração legislativa passa a ser da competência da Justiça Eleitoral. De resto, não há grandes modificações com relação à abrangência da incriminação.

Assim como no CP, prevê-se o aumento de pena de um sexto se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto, tratando-se de forma majorada. Há, ainda, a causa de diminuição de pena se o fato configura contravenção penal. Esse crime também é de ação penal pública, conforme prevê o artigo 355 do Código Eleitoral.

Há, entretanto, mais uma novidade. Houve derrubada do veto do Presidente da República ao parágrafo terceiro do novo artigo 326-A do Código Eleitoral. Trata-se da figura conhecida como divulgação de **"fake news" eleitoral**, como diz o termo estrangeiro para divulgação de mentiras com finalidade eleitoral.

Muitas vezes, com os meios de comunicação em massa, não se apura a origem de uma mentira transferida diversas vezes. É o caso de mensagens de grupos de Whatsapp ou Telegram enviadas várias vezes de pessoa para pessoa. O Código Penal não tipifica a divulgação como forma equiparada de denunciação caluniosa, que é crime contra a Administração da Justiça, mas apenas no crime de calúnia (art. 138, § 1º, do CP), que é crime contra a honra.

A denunciação caluniosa eleitoral traz, portanto, uma forma equiparada, que consiste na divulgação de notícias falsas com finalidade eleitoral, conduta infelizmente muito utilizada no Brasil. Pune-se com a mesma pena da forma simples "quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído". Não se exige resultado naturalístico nessa modalidade, ou seja, o agente será punido mesmo que ele não provoque a instauração de inquérito policial, mas apenas divulgue a denunciação caluniosa praticada por um terceiro.

Dada a posição topográfica no artigo 326 (a forma equiparada vem depois de todos os demais dispositivos), deve-se aplicar tanto a forma majorada quanto a causa de diminuição de pena. Portanto, aquilo que poderia configurar, no Código Penal, um crime contra a honra, será tipificado como crime de denunciação caluniosa no caso de finalidade eleitoral, como um candidato que espalha algo falso contra o seu adversário.

Atenção para a diferença: Se alguém fica sabendo de uma denunciação caluniosa por crime de estupro contra o seu vizinho e, apesar de saber que ele é inocente, espalha no bairro por maldade, teremos o crime de calúnia, pois a denunciação caluniosa do Código Penal exige a provocação da atuação da autoridade (como com a instauração de inquérito). Entretanto, se um candidato descobre que o seu adversário foi vítima de

denunciação caluniosa por concussão e, apesar de saber que ele é inocente, aproveita-se disso para espalhar a informação e ganhar parcela do seu eleitorado (finalidade eleitoral), incorrerá no crime de denunciação caluniosa eleitoral, já que o Código Eleitoral traz a conduta de divulgar ou propalar como forma equiparada (art. 326-A, § 3º).

Mais uma questão: no caso do Código Eleitoral, a previsão de imputação falsa se circunscreve ao crime ou contravenção penal, enquanto o Código Penal, alterado pela Lei 14.110/2020, dispõe sobre imputação falsa de crime, ato ímprobo ou infração ético-disciplinar. Só há crime eleitoral no caso de imputação de crime ou ato infracional, nas outras condutas resta a tipificação do Código Penal. Ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, quando cometida por criança ou adolescente, nos termos do artigo 103 da ECA.

Em suma: o Código Penal prevê imputação, a alguém sabidamente inocente, de crime, ato ímprobo ou infração ético-disciplinar. O Código Eleitoral menciona a imputação, a quem se sabe inocente, de crime ou ato infracional.

Deste modo, ainda que haja finalidade eleitoral, a imputação falsa de ato ímprobo ou de infração ético-disciplinar não será considerada crime eleitoral, por ausência de previsão na legislação eleitoral. Se atingida a Justiça Eleitoral, o crime será de competência da Justiça Comum Federal. Se, por exemplo, houver a instauração de processo administrativo na esfera estadual e não se considerar atingida a Justiça Eleitoral, apesar de finalidade eleitoreira, a competência seria de Justiça Comum Estadual.

5 - Desacato

O crime de desacato tem previsão no artigo 331 do Código Penal:

> Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Desacatar é humilhar, desprestigiar, ofender. É afrontar, menoscabar, achincalhar. A conduta incriminada é desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Portanto, a humilhação do funcionário deve se dar no exercício da função ou em razão dela, por exemplo, chamar um delegado de funcionário corrupto, mesmo que ele esteja em restaurante. Exige-se, portanto, o chamado nexo funcional, ou seja, que a ofensa seja *propter officium*.

É crime de forma livre. Não se concorda com a doutrina que entende passível de cometimento por omissão[3], pois o caso seria, no máximo, desobediência civil, atípica ou, para alguns, causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

Surgiu a discussão sobre o controle de convencionalidade do artigo 331 do Código Penal, já que o Pacto de São José da Costa Rica tornaria incompatível com a ordem jurídica brasileira a tipificação do crime de desacato. É de se ressaltar que há precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos neste sentido. O tema da liberdade de expressão e a honra dos que exercem funções públicas foi tratado, por exemplo, nos casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, em que se destacou que as funções públicas devem se submeter a um maior escrutínio público, e Ricardo Canese vs. Paraguai, em que, tratando-se de informações publicadas em meio a uma campanha eleitoral, a Corte decidiu que o debate público está sujeito a uma maior margem de tolerância.

A Comissão Interamericana entende que deveria haver um sistema dual de proteção da honra, com uma proteção criminal da honra do cidadão comum e, no caso de funcionário público, apenas uma tutela no âmbito cível e somente no caso de malícia (má-fé) do autor da manifestação.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, após um julgado em sentido contrário de uma de suas Turmas4, firmou o posicionamento de que subsiste a criminalização da conduta de desacato:

> "2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 379.269/MS, em 24/5/2017, firmou posicionamento no sentido da incolumidade do crime de desacato no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do disposto no art. 331 do Código Penal. Dessarte, não há se falar em atipicidade do crime de desacato. (...)" (STJ, AgRg no RHC 90034/RS, Rel. Min. Reynaldo da Fonseca, 5ªTurma, DJe 01/12/17).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, provocado a se manifestar sobre a controvérsia, vinha entendendo que o assunto era de índole infraconstitucional, não adentrando propriamente no mérito, ou entendendo pela compatibilidade, conforme se verifica nos seguintes precedentes de ambas as Turmas:

> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DESACATO. ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, IV E X, DA CF/88. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (STF, RE 1021432/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Julgamento: 06/10/17).
>
> "EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – MATÉRIA PENAL – CRIME DE DESACATO (CP, ART. 331) – COMPATIBILIDADE COM O ART. 13 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS

---

[3] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 ao 361). 12ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2020, 926. O autor usa como exemplo de desacato o agente não responder a um cumprimento do funcionário público.

4 "A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo." (REsp 1640084/SP, Quinta Turma, DJe 15/12/2016).

HUMANOS (CADH) – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO." (STF, ARE 1064572 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, Julgam.: 29/09/17).

Em julgado recente, o STF voltou a enfrentar o tema, por sua **composição plenária**, em Sessão Virtual, de 12.6.2020 a 19.6.2020, fixando a seguinte tese:

> **"foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do artigo 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato".**

Entretanto, foi dada uma interpretação restritiva ao dispositivo, estipulando o voto vencedor que o crime, que tutela a Administração Pública (e não a honra do servidor), deve ser praticado na presença do funcionário público[5], não abrangendo ofensas por meio de imprensa ou redes sociais.

Ademais, o relator consignou ser imprescindível um menosprezo em relação à própria função pública exercida pelo agente, além de ser necessário que o ato perturbe ou obstrua a execução das funções do funcionário público. Disse que, na própria jurisprudência do STF, já se reconhece a atipicidade de reclamações, censuras ou críticas, ainda que veementes, à atuação funcional do funcionário, com observância do direito à liberdade de expressão.

6 - PERSEGUIÇÃO

A Lei 14.132/2021 inseriu o artigo 147-A ao Código Penal, tipificando a conduta de **perseguição**, também conhecida pelo termo em inglês *stalking.* A mesma lei revogou o art. 65 da Lei das Contravenções Penais, que dispunha sobre a contravenção penal de perturbação da tranquilidade.

O novo tipo penal tem o seguinte teor:

> Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
>
> Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> § 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:
>
> I – contra criança, adolescente ou idoso;

5 Esta já era a posição de Luiz Régis Prado (Curso de Direito Penal, 18ª edição, p. 1202), que dizia, citando Heleno Fragoso, não ser necessário que o sujeito ativo e o passivo estejam frente a frente, bastando que o ofendido percebesse ou ouvisse a injúria.

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação."

O tipo da perseguição possui um único núcleo do tipo "**perseguir**", que significa "causar incômodo", "importurnar" ou "acossar". A conduta se dirige contra alguém, uma pessoa humana. A lei exige que a perseguição se dê **reiteramente**, o que implica a classificação do delito como habitual, não bastando um ato para a sua configuração. Por isso, não se pode admitir, conforme entendimento majoritário, a modalidade tentada (*conatus*).

A perseguição pode se dar por **qualquer meio**, o que demonstra que o legislador se preocupou em evitar a conduta tanto no mundo físico quanto no virtual. Portanto, a perguição virtual, que, por exemplo, ocorre com perseguição em redes sociais e por meio de mensagens eletrônicas, também pode configurar o delito. Abrange, portanto, o *cyberstalking.*

O crime é de **forma vinculada**[6], exigindo que a perseguição ocorra por uma das seguintes formas:

- **ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica;**

A perseguição pode se dar por meio de reiteradas ameaças, inclusive enviadas por meio digital, contra a vítima, o que afeta a sua liberdade individual. O agente se vale de crimes do artigo 147 do Código Penal como meio de execução para a perseguição da vítima, de modo que aqueles restarão absorvidos pelo crime do artigo 147-A do CP. As ameaças serão o meio de execução do crime de perseguição.

- **restringindo-lhe a capacidade de locomoção;**

A perseguição reiterada pode ocorrer de modo a restringir a liberdade de locomoção da vítima. Mesmo que não haja ameaças, a vítima pode perceber que o agente, um ex-namorado, por exemplo, a persegue pela cidade. Ela vai ao mercado, ele está lá. Ela vai a uma festa, ele fica rondando. Essa perseguição reiterada pode restringir a sua liberdade, limitando a sua locomoção, até mesmo por ficar amedrontada ou constrangida com essa perseguição constante. Também se pode pensar em um fã que persegue reiteradamente o seu ídolo, desde que a liberdade de locomoção da vítima seja restringida.

- **de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.**

---

[6] Em sentido contrário, defendendo ser de forma livre: Greco, Rogério. (https://www.rogeriogreco.com.br/post/nova-lei-de-persegui%C3%A7%C3%A3o).

Essa modalidade não possui a taxatividade que se exige dos tipos penais. Para lhe buscar delimitar o conteúdo, é preciso interpretá-lo de modo a caracterizar uma efetiva perseguição por meio dessa invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade. Vale frisar que a esfera de liberdade é muito ampla, abrangendo a liberdade de expressão, a liberdade de ir e vir e vários outros aspectos, já que a liberdade individual só pode ser restingida por lei, como determina a Constituição, e possui um caráter residual. A privacidade, por sua vez, envolve as várias facetas da vida privada, como o direito à imagem, ao sigilo das comunicações, à inviolabilidade do domicílio e, até mesmo, seu núcleo mais sensível, a intimidade. É preciso que haja uma evidente perseguição, como a pessoa que aparece nas aulas virtuais para perseguir a ex-namorada, que é professora, cria vários perfis anônimos, em redes sociais, buscando contato insistentemente e contra a vontade da vítima, além de procurar suas amigas e pedir informações sobre sua localização e rotina, etc. Será necessária uma interpretação restritiva para a aplicação do tipo penal, cuja interpretação pode ser muito ampla e incompatível com o princípio da legalidade.

Quanto à classificação, o crime é comum, por não exigir qualidade específica do sujeito ativo, e habitual, não comportando tentativa. É unissubjetivo ou de concurso eventual, sendo que o concurso pode torná-lo majorado. O elemento subjetivo é o dolo, sem exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo e sem previsão de modalidade culposa.

A classificação como material ou formal parece depender do caso[7]: praticado por meio de ameaça, não se exige a concretização de resultado naturalístico, sendo formal, tal qual o crime do artigo 147 do CP. No caso de restrição da liberdade de locomoção, o crime é material, por exigir a efetiva restrição. Na modalidade de invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade, o crime exige, para ocorrer a perseguição, a efetiva invasão ou perturbação, de modo que deve ser interpretado como material.

A pena é de reclusão de 6 meses a 2 anos, além da multa. No caso de haver violência, o parágrafo segundo determina a aplicação do preceito secundário **sem prejuízo da pena correspondente à violência**, o que enseja a aplicação do cúmulo material (seja por concurso material de crime, seja por concurso formal impróprio). É infração penal de menor potencial ofensivo, cabendo transação penal e suspensão condicional do processo, salvo se houver violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 41 da Lei 11.340/2006).

É discutível o cabimento de acordo de não persecução penal, que é vedado em caso de violência ou grave ameaça. Caso se entenda cabível no caso perseguição que ocorra por meio de perturbação, sem violência ou ameaça à vítima, poderá ser ofertada a proposta pelo Ministério Público, nos termos do artigo 28-A do CPP. Outro ponto seria a vedação ao ANPP quando for cabível "transação penal de competência dos Juizados". Para alguns, a interpretação seria de que não cabe ANPP em nenhum caso de transação. Para outros, o dispositivo apenas veda ANPP quando a transação for cabível em crime de competência do Juizado, e não quando a competência for da Vara, por conexão ou continência.

Ademais, quanto à tipificação anterior, pode ou não ter havido *abolitio criminis* ou continuidade típico-normativa, a depender do caso. Agora há descrição de formas de se praticar o delito e se exige habitualidade,

---

[7] Em sentido contrário, defendendo ser sempre crime material: Greco, Rogério. (https://www.rogeriogreco.com.br/post/nova-lei-de-persegui%C3%A7%C3%A3o).

de modo que, por exemplo, uma conduta única de molestar poderia configurar a contravenção, mas não configura do crime do artigo 147-A do CP.

Formas majoradas

- contra criança, adolescente ou idoso;

Criança e adolescente não possuem uma interpretação unânime no Direito Penal, mas entendo que devem ser adotados os critérios do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que a definição do artigo 2º seja para efeitos daquela lei. Considera-se criança, então, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. De todo modo, se a vítima for **menor de 18 anos de idade**, haverá a majorante. Idoso, como define o artigo 1º do Estatuto do Idoso, é a pessoa com idade **igual ou superior a 60 anos**. Esse parâmetro vem sendo seguido pela doutrina em outros tipos penais como definição do idoso para fins penais, ainda que a atenuante de pena da senilidade estabeleça o marco em 70 anos.

- contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

Incide a causa de aumento de pena no caso de crime cometido contra a mulher, desde que por **razões da condição de sexo feminino**. Portanto, o crime contra a mulher pode ou não ser majorado, a depender do caso. Há uma referência expressa ao artigo 121, § 2º-A, do CP, que define o que são as razões da condição de sexo feminino para a qualificadora do feminicídio. Referidas razões se referem, na verdade, ao gênero, ao papel que a mulher exerce na sociedade. Entretanto, com a finalidade de excluir mulheres transexuais, o legislador prefere usar o termo “sexo feminino”.

As razões são de **violência doméstica e familiar ou de menosprezo ou discriminação contra a mulher**. Na hipótese de violência doméstica e familiar, há a definição da Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. Essa pena maior se justifica devido aos índices alarmantes de violência contra a mulher no país, muitas vezes praticada por pessoas do seu convívio familiar ou afetivo ou até mesmo dentro do seu lar. Além disso, cabem as medidas protetivas previstas nessa lei, cujo descumprimento pode configurar outro crime.

- mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

O **concurso de pessoas** aumenta o potencial lesivo da lesão, o que justifica a causa de aumento de pena. São necessários dois ou mais agentes, que podem ser autores e partícipes. Não é necessário que sejam todos imputáveis nem que haja a identificação de todos, basta que tenham concorrido mais de dois indivíduos para a prática delitiva.

O **emprego de arma** também potencializa a lesão à liberdade individual. O termo arma não foi restringido pelo legislador, como ocorreu no roubo majorado, de modo que a causa de aumento incide se houver emprego de arma de fogo, arma branca ou arma imprópria, como uma garrafa quebrada.

A ação penal

Somente se procede mediante representação, o que significa que a ação penal é **pública condicionada**. No caso de violência doméstica ou familiar contra a mulher, o artigo 16 da Lei 11.340/2006 determina que só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

O legislador deixou a ação penal condicionada mesmo se praticada contra crianças, cabendo ao representante legal oferecer a representação. Há entendimento, controverso, de que a vítima menor possuiria novo prazo de 6 meses para representar após atingida a maioridade:

> "(...) 1. Na ocorrência do delito descrito no art. 214 do Código Penal - antes da revogação pela Lei nº 12.015/2009 -, o prazo decadencial para a apresentação de queixa ou de representação era de 6 meses após a vítima completar a maioridade, em decorrência da dupla titularidade. 2. **Esta Suprema Corte tem reconhecido a dualidade de titulares do direito de representar ou oferecer queixa, cada um com o respectivo prazo: um para o ofendido e outro para seu representante legal. Súmula nº 594 do STF**. Precedentes. 3. Ordem denegada." (STF, HC 115341, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 14/10/2014)

7 - Crimes em Licitações e Contratos Administrativos

A Lei 14.133, de 1ºde abril de 2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, inseriu um novo Capítulo ao Código Penal. Cuida-se do Capítulo II-B, denominado "Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos", inserido no Título XI da Parte Especial – Dos Crimes Contra a Administração Pública.

O artigo 186 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos determina expressamente a aplicação dos novos tipos penais às licitações e aos contratos regidos pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Esta última lei dispõe sobre o estatuto jurídico da **empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. Assim, os novos crimes serão aplicáveis, por exemplo, a condutas praticadas na Petrobrás ou no Banco do Brasil.

Com inserção dos crimes em licitações e contratos administrativos no Código, fica nítido que são crimes contra a Administração e, portanto, a **progressão de regime do cumprimento da pena ficará condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais**. Além disso, **a regra específica sobre a perda do cargo** quanto a essa modalidade de crime foi **revogada** (art. 83 da Lei 8.666/93), aplicando-se, a partir de agora, as normas gerais do Código Penal (art. 92, inciso I). Também **não há mais procedimento específico** para esses crimes (arts. 100 a 108 da Lei 8.666/93).

7.1 - Contratação direta ilegal

O artigo 337-E do CP traz o tipo penal de contratação direta ilegal:

> Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

A conduta incriminada é admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, ou seja, **de algum modo concorrer para que haja contratação direta pelo ente de forma ilegal**.

Cuida-se de **norma penal em branco**. Logo, haverá **dois complementos possíveis** para o tipo penal do artigo 337-E, já que tanto a Lei 8.666/93 quanto a Lei 14.133/2021 tratam do tema de dispensa e inexigibilidade de licitação, durante os dois anos de possibilidade de aplicação de ambos os regimes.

A conduta estava incriminada no artigo 89 da Lei 8.666/93:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público	Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

O novo tipo penal abrange as mesmas hipóteses em um tipo penal mais sucinto. Ainda que não tenha havido a reprodução do parágrafo único, o artigo 29 do CP leva à punição de todos os concorrentes para a prática criminosa.

A pena, que era de detenção de 3 a 5 anos, além da multa, passou a ser de reclusão, de 4 a 8 anos, e multa. Como é mais alta a pena da nova lei, só se aplica o preceito secundário aos delitos cometidos após o início de sua vigência.

Apesar de o tipo penal anterior não trazer, expressamente, a exigência de elemento subjetivo especial do tipo, **o STF e o STJ** vinham decidindo ser necessário o "**dolo específico**" para a sua caracterização, entendimento que poderá ser mantido na vigência da nova lei:

> O delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 exige, além do dolo genérico – representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais -, a configuração do especial fim de agir, consistente no **dolo específico de causar dano ao erário**. Desnecessário o efetivo prejuízo patrimonial à administração pública.
>
> (STF, AP 580, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 23-06-2017 PUBLIC 26-06-2017)
>
> "Acerca do tema, as Turmas desta Corte Superior especializadas em Direito Penal firmaram a diretriz de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 [dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais] exige-se a presença do **dolo específico de causar dano ao erário** e a caracterização do efetivo prejuízo"

> (STJ, AgInt no AREsp 1370933/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2020, DJe 17/11/2020)

Ainda sobre o crime da lei anterior, mas em entendimento aplicável ao novo tipo, o STJ vinha considerando que o fracionamento da licitação poderia configurar o delito[8]. O STF e o STJ já entenderam não haver crime se o administrador age com base em parecer da procuradoria do ente[9]. Entretanto, o STF já considerou ser típica a conduta se, apesar de se basear em parecer jurídico, houver indícios de desvio de finalidade ou conluio com o parecerista[10]. Quanto ao parecerista, o STJ já decidiu que o erro jurídico não configura o delito[11].

Bitencourt observava, ainda na vigência da lei anterior, que o tipo era de mão própria, pois somente o funcionário com atribuição poderia realizar uma das condutas[12]. Atualmente, com o núcleo do tipo "possibilitar" ou "dar causa a", o melhor entendimento é de que o crime passou a ser comum, ainda que o verbo "admitir" ainda se vincule à ideia do funcionário responsável (modalidade de crime próprio).

Considerando que o entendimento jurisprudencial exige o elemento subjetivo especial de causar prejuízo ao erário, o crime pode ser interpretado como **formal**, pois não seria necessário o prejuízo (resultado naturalístico), mas sim essa intenção.

O crime é doloso, sem previsão de modalidade culposa. É plurissubsistente, por ser possível fracionar o *iter criminis,* possibilitando a punição pela tentativa (*conatus*). É unissubjetivo ou de concurso eventual, além de ser instantâneo, por se consumar em um momento definido. Classifica-se como crime de forma livre. A ação penal é pública incondicionada.

7.2 - Frustração do caráter competitivo de licitação

O artigo 337-F do CP traz o tipo penal de frustração do caráter competitivo de licitação:

> Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

---

[8] STJ, AgRg no HC 574.578/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 03/08/2020.

[9] STF, Inq 2482, Rel. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011. PUBLIC 17-02-2012. STJ, HC 329.227/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016.

[10] STF, Inq 3621, Rel. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28/03/2017, DIVULG 22-06-2017, PUBLIC 23-06-2017.

[11] STJ, AgRg no HC 529.211/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 10/06/2020

[12] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

> Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

A conduta incriminada no tipo objetivo é de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do processo licitatório, ou seja, **impedir que haja um procedimento licitatório que cumpra a sua finalidade essencial**: encontrar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme os critérios fixados no caso.

É necessário que haja dolo e, ainda, **elemento subjetivo especial** do tipo, a finalidade de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação ou objeto da licitação. Com um elemento subjetivo expresso no tipo, deve-se concluir que o crime é **formal**. Não é necessário que o agente obtenha a vantagem para si ou para outra pessoa, bastando que aja com essa finalidade, com esse propósito.

Há vários núcleos do tipo, tratando-se de **tipo misto alternativo** ou de conteúdo variado. Ainda que o agente fruste e fraude o mesmo procedimento, haverá um único crime. A vantagem pode não ser economicamente apreciável, já que a lei não restringe.

A conduta estava incriminada no artigo 90 da Lei 8.666/93:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 90. Frustrar ou fraudar, **mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente**, o caráter competitivo do **procedimento** licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa	Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do **processo** licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Houve a supressão da expressão "mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente. A pena era de detenção, de 2 a 4 anos, e multa. Passou a ser de 4 a 8 anos de reclusão e multa, o que representa o **dobro da pena anterior**, além da modificação da espécie de pena para reclusão, com possibilidade de regime inicial fechado.

Do ponto de vista da obtenção de vantagem, pode-se defender que é formal, de modo que a sua obtenção seria mero exaurimento do crime. Além disso, admite-se a tentativa, caso o agente busque fraudar, mas seu estratagema seja descoberto antes de finalizado o procedimento, por exemplo. No mesmo sentido, quanto ao tipo anterior:

> A natureza **formal** da conduta descrita no art. 90 da Lei 8.666/93 dispensa a demonstração de prejuízo ou dano aos cofres públicos. Basta a comprovação da fraude para se configurar o crime em questão. (STJ, AgRg no AREsp 1003485/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021)

O crime é comum, não exigindo qualidade específica do sujeito ativo. É instantâneo, de forma livre, comissivo, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo a modalidade tentada.

7.3 - Patrocínio de contratação indevida

O artigo 337-G do CP traz o tipo penal de patrocínio de contratação indevida:

> Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Cuida-se de **modalidade especial do crime de advocacia administrativa**, previsto no artigo 321 do CP. O sujeito ativo deve ser o **funcionário público**[13], o que é da própria natureza da advocacia administrativa[14], crime essencialmente funcional. A conduta incriminada, claramente, não se refere ao advogado, mas à atividade de, valendo-se da qualidade de funcionário público, patrocinar interesse privado perante a Administração Pública no âmbito de licitação e contratos administrativos.

O que se pune é o agente defender interesse privado, mas valendo-se de sua qualidade, ou seja, de suas funções, do seu cargo. O patrocínio pode ser **direto**, ou seja, realizado pelo próprio funcionário público, ou **indireto**, valendo-se de um intermediário. O interesse pode ser **legítimo ou ilegítimo**, não tendo havido restrição na lei. É necessário, nessa modalidade de advocacia administrativa, que o patrocínio **dê causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato**. Assim, exigindo-se o resultado naturalístico para sua consumação, o crime é material[15].

Existe, ainda, a necessidade de que a licitação ou o contrato sejam **invalidados pelo Poder Judiciário**. Constitui essa exigência uma **condição objetiva de punibilidade**[16].

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 91 da Lei 8.666/93, tendo havido perfeita continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

[14] Tratando do crime de advocacia administrativa e reconhecendo ser próprio: BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., 2020, p. 158. CUNHA, Rogério Sanches. Ob. Cit., 2020, p. 321. MASSON, Cleber. Ob. Cit., 2019, p. 650.

[15] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

[16] No mesmo sentido: Guilherme de Souza Nucci, Leis penais e processuais penais comentadas, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 819. Em sentido contrário, defendendo ser elementar normativa: BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A nova sanção penal só se aplica aos casos praticados após a entrada em vigor da nova lei.

O crime é próprio, por exigir a qualidade de funcionário público para a sua prática. É doloso, sem previsão de modalidade culposa. É material, por exigir que se dê causa à instauração da licitação ou à celebração de contrato. É de forma livre, plurissubsistente, unissubjetivo e instantâneo.

7.4 - Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo

O artigo 337-H do CP traz o tipo penal de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo:

> Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

A **primeira figura** incriminada é a de **modificação irregular de contrato administrativo**. “Admitir” é aceitar, consentir, deferir, permitir. “Possibilitar” é tornar possível, ensejar, facilitar. “Dar causa a” é originar, motivar, provocar. A conduta incriminada é concorrer para qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública. Essa figura delitiva exige o **elemento normativo do tipo**, consistente na seguinte expressão: “sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais”. O tipo penal se contenta com a modificação ou vantagem obtida de forma ilegal.

A **segunda figura** incriminada é a de **pagamento irregular de contrato administrativo**. Pagar é entregar a quantia devida. A conduta incriminada é pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, ou seja, favorecer determinado contratado pela Administração, violando a impessoalidade. Ao exigir o efetivo pagamento, deve ser considerado crime material. Essa figura, de pagamento irregular, configura uma norma penal em branco, que, durante dois anos a partir da vigência da Lei 14.133/2021, parece ser passível de complementação pela Lei 8.666/93 ou pela Lei 14.133/2021.

Os núcleos da primeira figura (admitir, possibilitar ou dar causa) formam, **apenas entre si**, um **tipo misto alternativo**, de modo que a prática de mais de uma conduta enseja a configuração de crime único. Entretanto, a combinação de uma dessas condutas com a segunda figura, de pagamento irregular, implica **concurso de crimes**, dada a diferenciação dos objetivos a que se referem os respectivos núcleos do tipo.

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 92 da Lei 8.666/93, tendo havido continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, **no ato convocatório da licitação** ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, **observado o disposto no art. 121 desta Lei**: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais	Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, **no edital da licitação** ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Ainda que não tenha havido a reprodução do parágrafo único, o artigo 29 do CP leva à punição de todos os concorrentes para a prática criminosa. O preceito secundário foi modificado, com a pena de detenção modificada para reclusão, além de a pena passar a ser de 4 a 8 anos, além da multa.

Em relação aos núcleos do tipo "possibilitar" ou "dar causa a" da figura de **modificação irregular**, o melhor entendimento parece ser de que o crime é comum, ainda que o núcleo "admitir" se vincule à ideia do funcionário público que tem o poder de admitir a modificação contratual (modalidade de crime próprio). Quanto à figura do **pagamento irregular**, o crime é próprio. O crime é doloso, unissubjetivo, de forma livre, instantâneo e plurrissubsitente.

7.5 - Perturbação do processo licitatório

O artigo 337-I do CP traz o tipo penal de perturbação de processo licitatório:

> Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A conduta incriminada é atrapalhar a realização de qualquer ato de processo licitatório. Qualquer pessoa pode praticar o crime, inclusive o funcionário público. Cuida-se de tipo misto alternativo.

Exigindo-se o efetivo impedimento, perturbação ou fraude, o crime deve ser considerado material, consumando-se quando atingido um desses resultados. Bitencourt, na análise do tipo similar da lei revogada,

defendia que o delito seria de mera conduta na modalidade de perturbar, de modo que, quanto a esse núcleo do tipo, a tentativa seria de difícil configuração[17].

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 93 da Lei 8.666/93, com mudança, no preceito primário, apenas do termo *procedimento* para a palavra *processo*:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de **procedimento** licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de **processo** licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

O preceito secundário manteve a pena de detenção, o que é uma das exceções no caso da Lei 14.133/2021. Entretanto, o limite máximo passou de 2 anos de detenção para 3 anos de detenção, mantido o limite mínimo de 6 meses e a cominação cumulativa da pena de multa. Por isso, só se aplica a sanção penal do artigo 337-I às condutas praticadas após o início da vigência da Lei que o inseriu ao Código Penal. O crime é comum, doloso, instantâneo, comissivo, unissubjetivo e de forma livre.

7.6 - Violação de sigilo em licitação

O artigo 337-J do CP prevê o crime de violação de sigilo em licitação:

> Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
>
> Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

O tipo penal, misto alternativo, prevê as condutas de "devassar" e de "proporcionar". A conduta incriminada é de quebrar o sigilo ou propiciar que um terceiro o quebre. A conduta pode ser praticada por qualquer pessoa, funcionário público ou não.

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 94 da Lei 8.666/93, com mudança, no preceito primário, apenas do termo *procedimento* para a palavra *processo*:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em **procedimento** licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:	Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em **processo** licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

[17] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.	Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

O preceito secundário manteve a pena de detenção, o que é uma das exceções no caso da Lei 14.133/2021, bem como o mesmo *quantum* de pena privativa de liberdade, que é de 2 a 3 anos, além da multa.

Se considerando o resultado como o prejuízo para a Administração, o crime é sempre formal, por não o exigir. Entretanto, Bitencourt considera o crime material na modalidade de devassar, por exigir a quebra do sigilo, e formal na modalidade de proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo, por não exigir, nessa modalidade, o efetivo conhecimento do conteúdo sigiloso pelo terceiro[18].

O crime é comum, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo a tentativa. É, ainda, comissivo, instantâneo e doloso, sem previsão de modalidade culposa nem exigência de elemento subjetivo especial.

7.7 - Afastamento de licitante

O artigo 337-K do CP traz o tipo penal de afastamento de licitante:

> Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

O tipo pena possui dois núcleos, que equiparam a forma tentada e a consumada, o que leva à classificação do delito como de atentado ou de mero empreendimento. A conduta incriminada é afastar ou tentar afastar o licitante, o que pode ocorrer por qualquer um dos seguintes meios:

- **Violência**: cuida-se da força física, a *vis absoluta*;
- **Grave ameaça**: é a promessa de um mal grave, a *vis relativa*;
- **Fraude**: é o engodo, o artifício apto a afastar o licitante, por induzi-lo a erro;
- **Oferecimento de vantagem de qualquer tipo**: é o suborno ou a corrupção do particular, com qualquer vantagem (econômica, sexual, etc.) para que não participe da licitação.

O parágrafo único traz uma **modalidade equiparada**, ao determinar a punição de quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da **vantagem oferecida**. Assim, se o particular se corromper, aceitando a vantagem para

[18] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

se afastar da licitação, será punido com as mesmas penas de quem lhe ofereceu essa vantagem, que pode ser de qualquer natureza.

Anteriormente, a conduta possuía previsão no artigo 95 da Lei 8.666/93, tendo havido a troca, no preceito primário, da expressão **procurar afastar** por **tentar afastar**, mais apropriada tecnicamente:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 95. Afastar ou **procurar** afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.	Art. 337-K. Afastar ou **tentar** afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

O preceito secundário sofreu alteração, já que a pena passou de detenção para reclusão. Além disso, os seus limites passaram de 2 a 4 anos para 3 a 5 anos. Comina-se, cumulativamente, pena de multa. No caso de violência, a pena correspondente também deve ser aplicada, o que deve ser interpretado como determinação de cúmulo material (o concurso pode ser material ou formal impróprio).

Classifica-se o crime como comum, por não exigir nenhuma qualidade específica do sujeito ativo. Além disso, é formal, instantâneo, comissivo e unissubjetivo. A conduta é fracionável, sendo considerado, por Bitencourt, plurissubsistente[19]. Entretanto, vale recordar que a tentativa foi equiparada à forma consumada, de modo que não há como se falar em *conatus*.

7.8 - Fraude em licitação ou contrato administrativo

O artigo 337-L do CP tipifica a fraude em licitação ou contrato administrativo:

> Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:
>
> I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;
>
> II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

III - entrega de uma mercadoria por outra;

IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

"**Fraudar**" significar iludir, atrapalhar, burlar. A fraude deve ocorrer **em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente**. Além disso, o tipo penal é de **forma vinculada**, de modo que haverá crime se a fraude ocorrer mediante uma das seguintes condutas:

- **entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais**;
  Essa modalidade de prática do delito substituiu uma previsão bem diferente da Lei 8.666/93: "elevando arbitrariamente os preços".
- **fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido**;
  O fornecimento de mercadoria falsificada ou deteriorada, como se fosse verdadeira ou perfeita, já estava previsto na lei anterior. Entretanto, é *novatio legis* incriminadora quanto ao fornecimento de mercadoria inservível para o consumo ou com prazo de validade vencido, salvo se a conduta se inserisse em outro incido da lei antiga.
- **entrega de uma mercadoria por outra**;
  A entrega de uma mercadoria por outra já estava prevista na lei anterior, tendo havido continuidade normativo-típica.
- **alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido**;
  A novidade, que só vale para condutas praticadas após o início de vigência da nova lei, é a inclusão do objeto "serviços", já que antes só se mencionavam "mercadorias".
- **qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:**
  A conduta era prevista na lei antiga, com termos bem similares.

Anteriormente, a conduta possuía previsão no artigo 96 da Lei 8.666/93, com tipo penal alterado, como analisado acima:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada **para aquisição ou venda de bens ou mercadorias**, ou contrato dela decorrente: I - **elevando arbitrariamente os preços**; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra;	Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I - **entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais**; II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, **inservível para consumo ou com prazo de validade vencido**;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.	III - entrega de uma mercadoria por outra; IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou **do serviço fornecido**; V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

O preceito secundário sofreu alteração, já que a pena passou de detenção para reclusão. Além disso, a pena passou de 3 a 6 anos para 4 a 8 anos. Foi mantida a cominação cumulativa da pena de multa.

Analisando a lei revogada, o STF e o STJ firmaram o entendimento de que não o tipo penal não se aplica a licitações e contratos relativos a obras e serviços, mas apenas a bens e mercadorias[20]. Entretanto, o novo tipo penal eliminou do caput a expressão "para aquisição ou venda de bens ou mercadorias", de modo que a **jurisprudência deve ser superada** quanto a condutas praticadas após a Lei 14.133/2021.

O crime é comum e doloso. Por exigir a fraude, em prejuízo da Administração, por uma das condutas mencionados, é classificado como material, admitindo a forma tentada, o *conatus*. É instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente.

7.9 - Contratação inidônea

O artigo 337-M do CP incrimina a contratação inidônea:

> Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.
>
> § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.
>
> § 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

O *caput* incrimina a conduta de **admitir à licitação** empresa ou profissional declarado inidôneo. O mero fato de uma pessoa, seja física ou jurídica, ter sido admitida no processo licitatório já coloca em xeque a

[20] STF, AP 991 QO, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017; STJ, HC 485.791/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019.

probidade e a confiabilidade do processo licitatória, razão pela qual se incrimina essa conduta. A admissão à licitação é realizada por quem tem a competência de decidir quem pode participar da licitação, ou seja, é modalidade caracterizadora de crime próprio, que só pode ser praticada por funcionário público.

O parágrafo terceiro equipara à figura do *caput* a conduta do particular que, mesmo declarado inidôneo, **venha a participar da licitação**. Essa figura, portanto, é de crime comum.

O parágrafo primeiro, por sua vez, prevê **forma qualificada do delito**, com a previsão da conduta de **celebrar contrato** com empresa ou profissional declarado inidôneo. "Celebrar contrato" significa contratar, entabular negócio jurídico. Essa modalidade só pode ser praticada por funcionário público, que celebra o contrato em nome da Administração.

O parágrafo terceiro, por sua vez, equipara ao crime qualificado a conduta do particular que, mesmo declarado inidôneo, **venha a contratar** com a Administração Pública. É modalidade, portanto, classificada como crime comum.

Tanto a **forma simples quanto a qualificada** consistem em **normas penais em branco**, já que dependem da definição da declaração de inidoneidade (Lei 14.133/2021 e Lei 8.666/1993, durante os dois anos de opção por um dos regimes).

As condutas descritas eram incriminadas pelo artigo 97 da Lei 8.666/93, de modo que houve continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.	Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa. § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa. § 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

Atualmente, foi mantida a pena de multa e a detenção foi modificada para reclusão. O *quantum* de pena foi modificado a depender do caso: em se tratando de admitir ou participar da licitação, a pena passa a ser de 1 a 3 anos; caso a conduta seja de celebrar o contrato ou contratar, a pena passa a ser de 3 a 6 anos. Como as penas são mais gravosas, só se aplicam aos crimes praticados após o início de vigência da Lei 14.133/2021, em razão do princípio da irretroatividade.

Como visto acima, o crime é próprio nas previsões do *caput* e do parágrafo primeiro, enquanto o parágrafo segundo traz modalidade em que se classifica o crime como comum. É doloso, formal, instantâneo, comissivo, de forma livre, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo, portanto, a modalidade tentada.

7.10 - Impedimento indevido

O artigo 337-N do CP traz o tipo penal de impedimento indevido:

> Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A conduta incriminada, na **primeira figura**, é obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais. Exige-se, para a tipificação da conduta, o elemento normativo "injustamente".

A **segunda figura** incriminada é promover indevidamente a alteração, suspensão ou o cancelamento de registro de pessoa já inscrita. Há o elemento normativo do tipo "indevidamente".

O tipo penal estava previsto no artigo 98 da Lei 8.666/93, com o mesmo preceito primário, de modo que houve continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93	Código Penal (Lei 14.133/2021)
Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O preceito secundário possui os mesmos limites mínimo e máximo: de 6 meses a 2 anos, e multa. Entretanto, a modalidade de pena privativa de liberdade foi alterada de detenção para reclusão.

Em todas as modalidades, é cabível a tentativa[21]. O crime é unissubjetivo, instantâneo (dificultar ou promover) ou permanente (obstar ou impedir), a depender do caso, e de forma livre. É doloso, sem previsão de modalidade culposa.

7.11 - Omissão grave de dado ou de informação por projetista

O artigo 337-O do CP incrimina a omissão grave de dado ou de informação por projetista:

> Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.
>
> § 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.
>
> § 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

Esse tipo penal constitui *novatio legis incriminadora.* Apesar da nomenclatura legal (omissão grave), apenas um dos núcleos do tipo misto alternativo é efetivamente caracterizador de crime omissivo puro (omitir).

A conduta incriminada é omitir, modificar ou entregar à Administração **levantamento cadastral ou condição de entorno** nas seguintes condições:

- **em relevante dissonância com a realidade** (projeto que não se adéqua à real necessidade);
- **em frustração ao caráter competitivo da licitação** (projeto, por exemplo, feito sob medida para determinado contratante);
- **ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública** (projeto que busque evitar a seleção da proposta mais vantajosa, frustrando a finalidade da licitação).

Essas condutas, para a configuração do delito, devem ocorrer em:

- contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto;

[21] Em sentido contrário, não admitindo a tentativa na modalidade "dificultar": BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

- diálogo competitivo ou
- procedimento de manifestação de interesse.

A contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto; o diálogo competitivo e o procedimento de manifestação de interesse são todos previstos na Lei 14.133/2021 (artigo 6º, incisos XXIV, XXV e XXVI; artigo 6º, inciso XLII e artigo 81, respectivamente). Por isso, cuida-se de **norma penal em branco**. Durante o período de 2 anos após o início de vigência da Lei 14.133/2021, dada a possibilidade de utilização dos dois regimes, é possível usar o complemento da Lei 8.666/93, que só prevê, entretanto, os seguintes institutos: projeto básico (art. 6º, IX) e projeto executivo (art. 6º, inciso X).

O **levantamento cadastral** é a pesquisa ou investigação, culminando na coleta de dados, envolvendo informações cadastrais. Já a **condição de entorno** é definida pelo parágrafo primeiro.

O parágrafo segundo prevê modalidade do crime que pode ser interpretada como majorada. Incide no caso de o crime ser praticado **com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem**, aplicando-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo. Dada a não restrição pela lei, deve-se interpretação o benefício como qualquer um, inclusive favorecer que a empresa de um familiar vença a licitação da execução da obra sobre a qual o agente elabora o projeto básico.

Apesar de o *nomen iuris* se referir ao projetista, é possível interpretar que o verbo "entregar" expressa conduta que pode ser praticada por qualquer pessoa[22], desde que, obviamente, acompanhado do dolo, com conhecimento da irregularidade. Realmente, a interpretação deve ser de que o crime é comum, podendo ser praticado pelo projetista ou pelo próprio licitante ou contratado.

Por não se exigir dano ao erário, pode-se classificar o delito como formal. O crime admite tentativa, exceto na modalidade de "omitir", por ser omissivo próprio ou puro. É instantâneo, unissubjetivo e de forma livre.

7.12 - Pena de multa

O artigo 337-P do CP traz regra específica sobre a aplicação da pena de multa em todos os delitos previstos no Capítulo II-B, ou seja, aos crimes em licitações e contratos administrativos:

> Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

Atualmente, haverá uma diferente forma de cálculo, que parte da metodologia geral do Código Penal, mas possui um piso mínimo, fixado em 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta. O método pode ser resumido no seguinte esquema:

---

[22] LAGO, Natasha do; *et al*: https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-mudancas-penais-lei-licitacoes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

O juiz vai calcular o número de dias-multa de acordo com o critério trifásico, entre 10 e 360, conforme o artigo 49, *caput*, do CP. Vai analisar, então, o valor de cada-dia multa, cujo valor vai de um trigésimo (1/30) do salário mínimo (menor valor de dia de salário do trabalhador) até 5 vezes o salário mínimo.

Após esse cálculo, o juiz **deverá verificar se o valor total vai atingir o mínimo de 2% do valor do contrato** licitado ou celebrado com contratação direta. Caso o valor seja inferior, a pena de multa será de 2% do valor do contrato, que é o piso mínimo estabelecido pelo legislador.

Por fim, neste caso a multa deve ser destinada ao Fundo Penitenciário, como determina o artigo 49 do Código Penal, considerando a revogação da Lei 8.666/93, que determinava que o seu valor reverteria à Fazenda Pública.

O Pacote Anticrime e o Código de Processo Penal – Prof. Leonardo Tavares

1 - Juiz das garantias

Uma das grandes inovações do 'Pacote Anticrime', por certo a maior no processo penal dos últimos anos, foi a criação do chamado *juiz de garantias*. Os artigos 3ºB, 3ºC, 3ºD, 3ºE e 3º F foram introduzidos no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, nos seguintes termos:

> Art. 3º-B. O juiz das garantias é **responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais** cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:
>
> I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;
>
> II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
>
> III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.[23]

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

---

[23] Essa disposição foi vetada pela Presidência da República, essencialmente pelo fato de vedar a videoconferência na audiência de custódia (que é permitida para outras situações), prezando pela celeridade e economia processuais. Todavia, o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional em sessão de 19 de abril de 2021. Isso não reflete na falta de eficácia, por liminar concedida pelo STF. Ou seja: é um dispositivo vetado, cujo veto foi rejeitado, mas que continua sem aplicação por decisão da Corte Suprema.

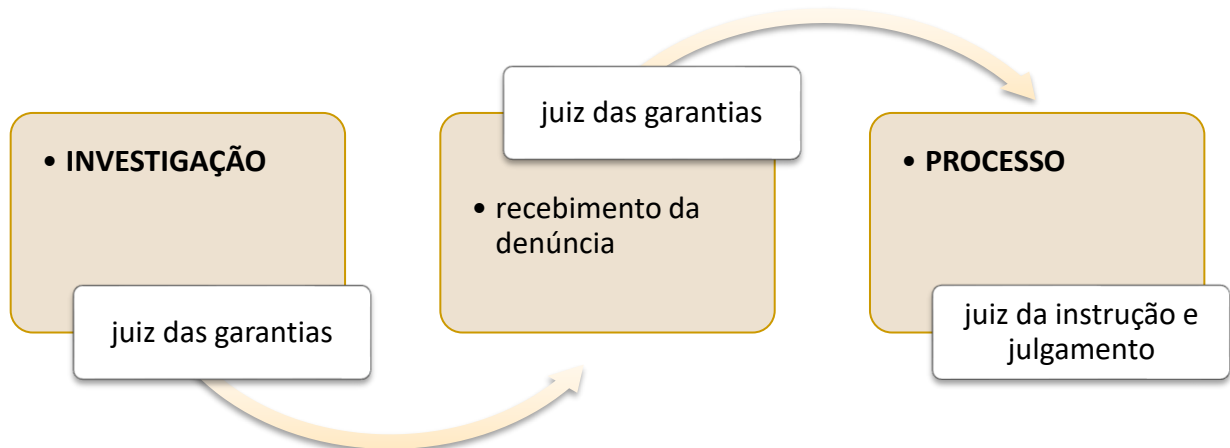
Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (Lei nº 13.964, de 2019)

O **juiz das garantias**, a par de suas inúmeras atribuições e competências funcionais (apresentadas em rol exemplificativo, não exaustivo), responsável *pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais*, seria um juiz que atuaria somente na fase de investigação, de maneira tal que outro juiz – necessariamente diferente do primeiro (que ficaria impedido) – atuaria somente em fase de processo e depois do recebimento da denúncia –, o denominado **juiz da instrução e julgamento**.

A ideia, basicamente, é estabelecer novas competências funcionais para que o juiz que vai julgar o processo

não seja o mesmo que participou da investigação. O que se busca é evitar uma espécie de ‘contaminação’ do julgador que teve acesso aos elementos de informação produzidos numa investigação (ou que os tenha determinado), como se isso resguardasse a imparcialidade e evitasse a formação de juízos sumários de culpa.

Dessa forma, o juiz que julgará o caso – juiz de instrução – somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do juiz das garantias é a de distanciar o juiz da instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade. [...]

> Na sistemática que antecedeu a Lei 13.964/19, a regra de competência ia no sentido diametralmente oposto, isto é, o juiz da investigação tornava-se prevento para prosseguir no feito até final julgamento (arts. 75, parágrafo único, e 83 do CPP) (Cunha, 2020).

A intenção, na alteração, é que eventuais juízos de mérito e de valor que o magistrado tenha formado justamente porque atuou na decisão de medidas cautelares, antecipadas (ex. busca e apreensão, prisão preventiva, interceptação telefônica etc.), não sejam determinantes para o resultado do processo, com a decisão final – esta que, então, ficaria por conta de outro juiz, que não operou nenhum prejulgamento e sequer conhece a investigação. A premissa que justificou a alteração legal[24] é uma só: juiz que atuou em atos da investigação não teria isenção suficiente para julgar com a imparcialidade necessária.

Com a implementação, operar-se-ia uma efetiva distinção entre os **elementos informativos** colhidos na investigação (de forma unilateral, em sua maioria) e as **provas** produzidas no processo (com contraditório e ampla defesa). Dos primeiros cuidaria o juiz das garantias; das segundas, o juiz da instrução e julgamento.

Sem deixar de mencionar uma série de problemas, inclusive entendendo que o juiz de garantias não deveria ter sido aprovado como está, VLADIMIR ARAS traça alguns contornos em relação a essa figura, inclusive fazendo um apanhado no direito comparado:

> Com o JDG, não se cria um novo degrau na persecução criminal; apenas se divide a competência funcional dos juízes, passando a haver um magistrado para a etapa da investigação e outro para a etapa do julgamento. Essa divisão puramente funcional não é inédita no Brasil, onde temos um juiz para a instrução e julgamento e outro para a execução penal; ou um magistrado para a instrução de ações penais sobre crimes dolosos contra a vida (um togado), e outros juízes (leigos) para a apreciação do mérito da imputação, os sete jurados que compõem o conselho de sentença, nos casos de competência do tribunal do júri.
> O ordenamento jurídico brasileiro já acolhia abstratamente a figura do juiz de garantias, a partir da integração de normas do direito internacional. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado no Brasil pelo Decreto 4.388/2002, prevê o juízo de garantias, com o nome de "seção de instrução" (*pre-trial division ou section préliminaire*), nos arts. 34 e 57 do tratado. Esse juízo atua na fase preliminar, enquanto o julgamento cabe aos juízes da seção de julgamento em primeira instância (*trial division ou section de prémiere instance*), conforme o art. 64 do Estatuto de Roma.
> Arranjos semelhantes existem no Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO), que funciona na capital paulista, e no juízo especializado castrense criado pela Lei Complementar Estadual 705/1993 no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, junto à 5ª Auditoria Militar, competente para cuidar de inquéritos policiais militares. [...]
> Sua previsão serve ao aprofundamento do princípio acusatório de justiça criminal e à garantia da presunção de inocência, a partir do direito a um julgamento justo, realizado por um juiz ou tribunal objetivamente e subjetivamente imparcial. [...]

---

[24] Não que, pessoalmente, concordemos com ela.

O instituto do juiz de garantias existe em várias partes do mundo, em países com tradições jurídicas semelhantes à brasileira, na Europa e no continente americano. Na América Latina, todos os países que fizeram a transição do modelo inquisitivo para o modelo acusatório, ao longo dos anos 1990, adotaram o *juez de garantías*, a partir das experiências alemã e italiana. Chile, Colômbia, Honduras, Uruguai, El Salvador, Equador, Paraguai e Peru também o fizeram, só para citar algumas nações que o adotam.

Nos Estados Unidos, o *grand jury* faz o papel de controle na etapa inicial da persecução, como câmara de acusação. Já tivemos algo semelhante no Brasil durante a vigência do Código de Processo Criminal do Império (1832). Nos EUA, quando não se emprega o *grand jury*, as discussões sobre a viabilidade da acusação e a admissibilidade das provas ocorre numa *preliminary hearing*, e a competência para decidir pertence a um juiz togado, que não será normalmente o juiz do julgamento (*fact finder*). De fato, a decisão sobre a culpa ou a inocência do réu será encargo dos jurados do *pétit jury*, portanto de outro órgão julgador.

A Alemanha puxou a fila em 1974, com a criação do juiz da investigação (*Ermittlungsrichter*), em lugar do juiz instrutor. O caminho rumo ao aperfeiçoamento do sistema acusatório foi também percorrido em Portugal (1987) e na Itália (1988) e depois em parte na França (2000), com a criação do juiz de instrução criminal (JIC), do *giudice per le indagini preliminari* (GIP) e do *juge des libertés et de la détention* (JLD), como são conhecidos os juízes de garantias nesses países, respectivamente. Outros Estados europeus passaram a prever o instituto.

Os novos papéis processuais obtidos pelos Ministérios Públicos dessas nações, em mais de um continente, vieram a lume graças à extinção do juiz de instrução ou à reformulação de suas competências. A presunção de inocência também é mais bem resguardada com tal separação dúplice, que provê reforço para a imparcialidade objetiva dos magistrados. [...]

Percebe-se que a finalidade do instituto é reforçar a imparcialidade objetiva dos julgadores, em favor da presunção de inocência em matéria criminal, acentuando o ônus que recai sobre o Ministério Público, de desfazê-la.

É fácil notar que o juiz de garantias é apenas um instituto de fortalecimento do valor "imparcialidade", pois, de fato, a asseguração da imparcialidade objetiva dos juízes na engrenagem processual deve-se mais a um Ministério Público dotado de independência funcional e de autonomia institucional do que ao juiz de garantias. O MP separa o juiz das tarefas de investigar e acusar; o JDG somente amplia a segregação do julgador em relação à etapa inicial da persecução, quando se realiza a investigação criminal.[25]

É fato que a adoção do juiz de garantias implica inúmeras alterações estruturais no processo penal brasileiro. O instituto deve merecer, e muito, a nossa atenção. Todavia, neste momento, seria contraproducente e inoportuna a análise detalhada e com aprofundamento; isso porque <u>TODAS as disposições que tratam da implantação do juiz de garantias e seus consectários estão com a eficácia suspensa</u> (*sine die*) por medida cautelar concedida, pelo Ministro LUIZ FUX, nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, em 22/1/2020. Não se sabe o que o Plenário

[25] https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-pros-e-contras-do-juiz-de-garantias-14022020

do STF vai decidir (o debate deve ser acalorado), nem mesmo podemos supor que essas disposições serão realmente aplicadas.

Para quem se prepara para concursos públicos, neste momento, é suficiente e até recomendável que conheça as disposições legais, compreenda por alto as alterações e implicações, mas sem ingressar em pormenores ou controvérsias que só a doutrina e, principalmente, a jurisprudência poderão consolidar ao longo do tempo. Não faz sentido estudarmos a fundo disposições que não se aplicam e que foram liminarmente rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Havendo interesse, listamos aqui alguns artigos, de acesso público e gratuito, que tratam do assunto:

https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/diretos-humanos-e-constituicao/juiz-de-garantias-apoios-e-resistencias-21022020
https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/juiz-de-garantias-rumo-a-acusatorialidade-no-processo-penal-brasileiro-14022020
https://www.jota.info/stf/supra/as-contradicoes-de-fux-ao-julgar-o-juiz-de-garantias-04022020
https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal
https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal
https://www.migalhas.com.br/depeso/317977/a-imparcialidade-do-julgador-na-figura-do-juiz-das-garantias-fundamentais
https://www.migalhas.com.br/depeso/317982/juiz-das-garantias-um-arremedo-do-juiz-de-instrucao

Pessoalmente, acreditamos que além de a implementação ser muito dificultosa e cara, o juiz de garantias deverá redundar em atraso na marcha processual e burocratização da persecução penal. Também acreditamos que a melhor decisão judicial é atingida com uma ampla análise probatória. Mas não é o momento para ingressarmos em críticas ou mesmo em explanações detalhadas.

No momento oportuno e didaticamente conveniente ingressaremos, com percuciência, no assunto, inclusive esmiuçando as várias atribuições do juiz das garantias.

2 - ASSISTÊNCIA JURÍDICA NECESSÁRIA DE SERVIDORES

O 'Pacote Anticrime' (Lei 13.964/2019) introduziu o art. 14-A ao CPP, que assim dispõe:

> Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

> § 1º Para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.
>
> § 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.
>
> § 3º (VETADO). § 4º (VETADO). § 5º (VETADO).
>
> § 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. (Incluídos pela Lei nº 13.964, de 2019)

Temos, então, uma disposição específica no Código destinada aos agentes dos **órgãos de segurança pública** (aqueles descritos no art. 144 da CF) e aos **militares das Forças Armadas**, quando investigados por uso letal da força no exercício da profissão. A ideia, claro, foi amparar esses agentes quando eventualmente são investigados (em qualquer esfera), nessas situações do seu ofício, de modo que tenham assistência jurídica sem precisar arcar com os custos disso.

Portanto, vislumbramos um tratamento diferenciado, já na investigação, para: **i)** policial federal; **ii)** policial rodoviário federal; **iii)** policial ferroviário federal; **iv)** policial civil; **v)** bombeiro e policial militar; **vi)** policial penal. Do mesmo tratamento gozarão os **vii)** militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica 'se' a investigação disser respeito a missões de GLO (Garantia da Lei e da Ordem).

Exemplo: um policial militar que use de força letal no exercício da profissão terá as prerrogativas; já um militar do Exército que use da mesma força letal, somente em caso de estar cumprindo missão de GLO.

Ao que se referem essas prerrogativas? Ao fato de a lei exigir que esses agentes sejam 'citados' da instauração do procedimento investigatório e também sejam representados tecnicamente (defesa técnica). Defesa técnica que é indeclinável no processo (art. 267), agora passa a ser, em alguns casos, obrigatória na investigação.

Onde o *caput* do art. 14-A fala que *o indiciado poderá constituir defensor* não vemos nenhuma novidade; afinal, ao largo de previsão expressa, qualquer investigado, em qualquer procedimento, pode, se assim o desejar, constituir defensor para acompanhar o caso. Não é costume que isso ocorra numa fase tão inicial da persecução penal, mas pode acontecer. Aliás, até uma testemunha pode comparecer no inquérito acompanhada de advogado – a assistência jurídica é livre para os cidadãos, independentemente da condição de sujeitos passivos de persecução penal.

O legislador usou a locução incorreta, no § 1º, quando falou que esses agentes deveriam ser ***citados***. Citação, tecnicamente falando, só existe em fase de processo (ocorre uma única vez), depois que a acusação formal é recebida (art. 396) – é ato que completa *o processo* (art. 363). Jamais deve ocorrer em fase de investigação. Compreenda-se, então, diante da impropriedade, como notificação ou intimação.

Essa notificação, em princípio, traduzirá uma incumbência da própria autoridade encarregada da investigação; afinal, na fase em que ela ocorre (pré-processual) não se recomenda intervenção judicial. A lei, por outro lado, não disciplina sobre a forma, devendo o responsável usar dos meios disciplinados em lei, para outras situações.

- ✓ Em que momento da investigação, exatamente, essa notificação deverá ocorrer?

> Parece-nos que o chamamento agora exigido pelo art. 14-A deve ocorrer **a partir do momento em que fica caracterizada a condição jurídica de investigado** da pessoa até então suspeita, leia-se, quando as diligências policiais passam a 'mirar' pessoa certa e determinada, sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação (Cunha, 2020).

Repare que a pessoa não precisa ser formalmente 'indiciada', nos termos do art. 1º da Lei 12.830/2013, para que somente então seja notificada:

> § 6º O **indiciamento**, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Com a notificação, resguardando-se a sua prerrogativa de escolha de profissional da sua confiança, o agente terá o <u>prazo de 48 horas</u> para contratar um advogado que o represente. Caso não o faça, a instituição a que estava vinculado (na época do fato), terá o mesmo prazo para indicar *defensor para a representação do investigado* (§ 2º).

Os três parágrafos vetados pela Presidência da República atribuíam essa representação à Defensoria Pública, além de responsabilizar a União ou a Unidade da Federação pela disponibilização de profissional outro e pelos custos com o patrocínio.

> **Razões dos vetos**: "A propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, combinado com o art. 134, bem como os arts. 131 e 132, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005)".

Eis o conteúdo dos parágrafos vetados do art. 14-A do CPP:

> § 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, <u>a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública</u>, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do

procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

Pois bem, atenção! Passado mais de ano, **os vetos da Presidência da República foram rejeitados pelo Congresso Nacional, em sessão final de 19 de abril de 2021**. Ou seja: as disposições acima citadas, atualmente, estão em plena vigência. Então, será a Defensoria Pública a instituição preferencialmente encarregada por essa representação judicial. Na sua falta, os custos do patrocínio correrão por conta da instituição a que estiver vinculado o agente investigado.

SANCHES CUNHA está sustentando a nulidade dos atos supervenientes do inquérito em caso de não realização dessa notificação, além de sugerir a aplicação do § 2º do art. 14-A para os casos em que o investigado não é localizado (Cunha, 2020). Vale lembrar, todavia, que o sistema de nulidades, regra geral, não se aplica ao inquérito e que, ordinariamente, vícios da investigação não contaminam o respectivo processo.

Enfim... Conveniente fazer esses apontamentos todos aqui, nessa parte da matéria, para percebermos que a característica da *inquisitoriedade*, embora ainda presente no inquérito, está 'perdendo forças' ao longo do tempo, está sendo mitigada. Aquilo (IP) que outrora era quase todo unilateral, sem contraditório algum, hoje já viabiliza acompanhamento, intervenções, requerimentos a até assistência jurídica compulsória no caso de agentes públicos que usam de força letal.

Não obstante, o procedimento ainda não é contraditório, tem forma relativamente livre, e, os rumos da investigação e as diligências que serão realizadas ainda ficam a critério da autoridade policial (não sabemos até quando), nos termos do art. 14 do CPP.

3 - ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

O 'Pacote Anticrime' operou grandes inovações no que diz respeito ao arquivamento do inquérito policial. Aquilo que hoje ocorre por uma homologação judicial pode passar a acontecer sem qualquer intervenção do juiz. Perceba como ficaram as disposições legais já sancionadas:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

> § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.
>
> § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Repare que, de acordo com a nova redação do art. 28 do CPP, o arquivamento do inquérito policial será inicialmente promovido pelo próprio *parquet* e na sequência submetido a *homologação* de uma *instância de revisão ministerial*; uma espécie de 'reexame necessário' da deliberação de arquivamento que será feito pela própria instituição do Ministério Público.

De acordo com a Lei nova, permitir-se-á (diferente do que hoje acontece) que a vítima (ou seu representante legal), que será intimada sobre o desfecho do caso, reclame em relação à deliberação de arquivamento, também submetendo a questão a essa 'instância revisora'.

Nesse ponto andou muito bem o legislador. Afinal, permitiu que a vítima, maior interessada na apuração de um crime, fiscalize o eventual encerramento prematuro ou indevido da persecução penal. Repare que, atualmente, a vítima sequer fica sabendo (não é avisada) do arquivamento do inquérito policial e, mesmo que saiba, nada pode fazer – nem mesmo legitimidade para impetração de mandado de segurança a jurisprudência reconhece.

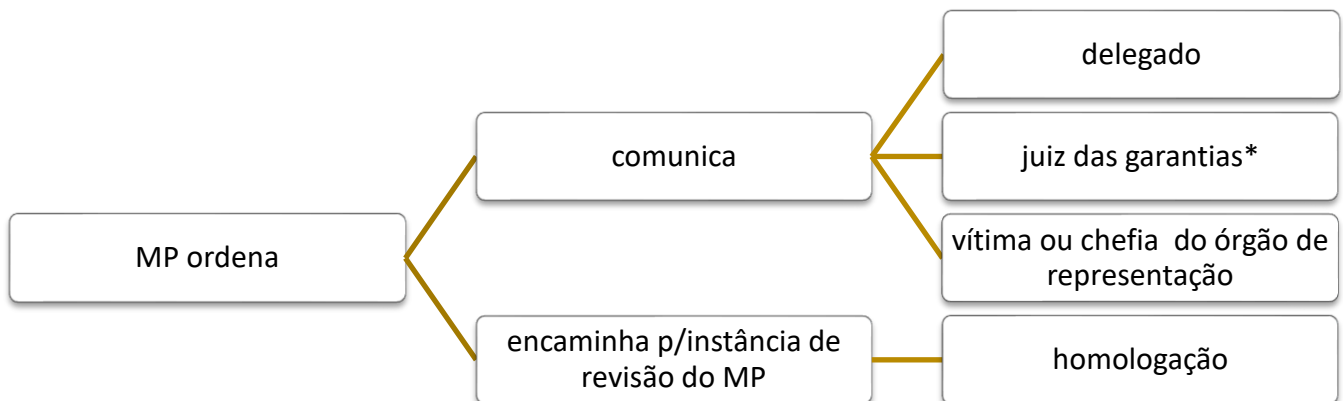
A revisão do arquivamento proposto pelo agente do Ministério Público também poderá ser provocada, nos crimes contra entes públicos (União, Estados e Municípios), pela chefia do órgão de representação judicial, nos termos do § 2º do art. 28 do CPP.

O procedimento da lei, dando ênfase ao *sistema acusatório*, não prevê qualquer intervenção ou ingerência do Poder Judiciário. É conveniente, não obstante, que o juiz seja comunicado desse arquivamento, justamente para que mantenha o controle das investigações em curso. A comunicação, portanto, não deve se operar somente para a *vítima*, *investigado* e *autoridade policial*, como previsto no *caput* do art. 28 do CPP (com a nova redação).

Se antes o controle da *obrigatoriedade da ação penal pública* operava-se como uma função atípica do magistrado (por muitos criticada), agora passará a ocorrer *interna corporis* (pelo próprio Ministério Público), também por aqueles que têm direito ou interesse subjetivo na apuração do fato (ofendidos ou representantes judiciais de entes públicos).

Uma das vantagens dessa nova sistemática, além da apontada ênfase ao sistema acusatório (com o afastamento do juiz da sindicabilidade do arquivamento da investigação), será a promoção de critérios e diretrizes mais uniformes quanto à configuração da *justa causa* para a denúncia, além da sistematização de condutas dos agentes do Ministério Público, padronização de comportamentos, para que não haja – como por vezes acontece – 'dois pesos e duas medidas' no que diz respeito ao encerramento ou continuidade da persecução penal.

Por ora, não convém ir além nos comentários em relação às inovações. Isso porque que essa disposição está com a eficácia suspensa (*sine die*), por medida cautelar concedida pelo Min. LUIZ FUX, relator da ADI 6.305, *ad referendum* do Plenário do STF. Ou seja, sem a manifestação final da Suprema Corte, seria temerário estudar a fundo alterações que talvez não sejam implementadas no futuro.

Um esquema para facilitar a compreensão:

Atualmente, repare, o arquivamento do inquérito policial continua com a sistemática que sempre teve e que analisaremos na sequência. Em outras palavras para que não gere dúvida: hoje, ao se arquivar uma investigação, valem as disposições antigas do CPP, em especial o art. 28, que confere atuação ao magistrado.

> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

O Ministro LUIZ FUX foi expresso nesse sentido, no dispositivo da liminar concedida na ADI 6.305: "[...] a redação revogada do artigo 28 do Código de Processo Penal permanece em vigor enquanto perdurar esta medida cautelar".

4 - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Uma das grandes inovações do 'Pacote Anticrime' (pelo menos no que se refere a texto de lei), foi a introdução desse acordo no bojo do Código de Processo Penal. É verdade que já tínhamos a *Resolução 181, de 07/08/2017*, do Conselho Nacional do Ministério Público, que inicialmente regulamentou o instituto; todavia, muitos eram os questionamentos quanto à validade/constitucionalidade de suas disposições, à falta de amparo legal.

4.1 - Definição e natureza jurídica

É certo que a implementação do acordo de não persecução penal (ANPP) decorre de uma opção de política criminal. Representa uma alternativa democrática, estabelecida pelo Parlamento, para um processo penal negocial, mais célere e menos burocrático, que substitui sanções penais por obrigações não imperativas (sem caráter coercitivo), menos incisivas e, quiçá, mais efetivas e com maior eficácia, abreviando o tempo para a solução dos conflitos.

Como substrato para a criação do instituto está o reconhecimento, pelo Estado, de que não dá conta de resolver, em tempo satisfatório e com eficiência, boa parte dos casos criminais. Há uma perspectiva funcionalista do Direito Penal para efeito de eleger prioridades, escolher os casos que realmente mereçam instrução criminal em juízo, por vezes, então, celebrando negócios jurídicos em relação a crimes outros que não sejam graves.

Essa perspectiva não é nova e cada vez ganha mais espaço no processo penal brasileiro. Prova disso é a Lei 9.099, de 1995, que introduziu outros institutos despenalizadores, como a composição dos danos civis (art. 74), a transação (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89).

Aliás, com relação aos últimos, muito já se discutiu, inclusive a nível de tribunais superiores, sobre a natureza jurídica deles. Pois bem. Assim como restou consolidado para a transação e para a suspensão condicional do processo, dadas as semelhanças e finalidades, antevemos que o ANPP também deverá ser compreendido como um **poder-dever do Ministério Público** – um **mecanismo de discricionariedade regrada**; e NÃO (isso interessa) como um *direito subjetivo* do agente.

Diferente do que possa parecer, a discussão sobre a *natureza jurídica* tem reflexos práticos e na interpretação das disposições legais. Isso porque, dentre outras, sempre surge a seguinte questão: o que ocorre se a pessoa preenche os requisitos de lei e o promotor não oferece a proposta? O juiz pode atender ao que seria um 'direito' do agente e ele mesmo implementar o 'benefício'? Ou não, caberia ao MP a última palavra sobre isso?[26]

Bom, com relação aos institutos mais antigos vingou a ideia consolidada no seguinte enunciado:

Súmula 696/STF - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Veja então a opção da Suprema Corte em negar a natureza jurídica de *direito subjetivo* para a transação e a suspensão condicional do processo. Afinal, fosse um 'direito' não poderia ser afastado de apreciação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Então, assim como acontece quando não se apresenta a denúncia e o juiz não pode determinar que o MP o faça, nem pode ele mesmo apresentar a peça acusatória (promoção privativa do *parquet*, nos termos do art. 129 da CF), também não poderá o magistrado ordenar

[26] Apenas para instigar. Ao longo das explicações isso ficará claro.

imperativamente o ANPP e nem fazer as vezes do promotor oferecendo o acordo no seu lugar. Isso macularia o sistema acusatório.

Por essas e outras é que a doutrina vem alinhando a natureza jurídica do ANPP, no seguinte sentido:

> É precisamente com base no **poder/dever do Ministério Público** de realizar uma adequada política criminal, extraído fundamentalmente da sua titularidade da ação penal, ostentando o monopólio da ação penal pública ("*Anklagemonopol*"), é que se manifesta a possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal. [...] cabe aqui reforçar que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é a de **negócio jurídico**, em que o Ministério Público veicula uma política criminal (eleição de prioridades), regrada pelos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal (Cabral, 2020).

RODRIGO L. F. CABRAL, em obra inteiramente dedicada ao tema, vai além para definir inclusive a natureza jurídica das condições previstas no acordo: "**obrigação negocial, que se concretiza como um equivalente funcional da pena**". ROGÉRIO SANCHES CUNHA conceitua:

> Conceito e natureza jurídica – Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o **ajuste obrigacional** celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado (Cunha, 2020).

Na mesma esteira, o Enunciado nº 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e da União – CNPG e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM: o ANPP "**é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto**".

Claro, há quem pense diferente, como é o caso de AURY LOPES JR:

> Entendemos que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um "poder do Ministério Público" e não um direito do imputado. Uma vez formalizado o acordo e cumpridas as condições estabelecidas, será extinta a punibilidade, não gerando reincidência ou maus antecedentes, registrando-se apenas para o fim de impedir um novo acordo no prazo de 5 anos (inciso III do § 2º) (Júnior, 2020).

Não obstante tenha uma posição minoritária, é interessante e bastante lógico o escalonamento entre os institutos que esse mesmo autor traz:

> Se fôssemos pensar uma estrutura escalonada de negociação, levando em consideração seus requisitos e condições impostas, seria disposta na seguinte ordem:
> **1º** transação penal
> **2º** acordo de não persecução

3º suspensão condicional do processo
4º acordo de delação premiada

4.2 - Requisitos cumulativos

O *caput* do art. 28-A do CPP vai trazer os requisitos cumulativos para o ANPP. Evidentemente, é preciso a presença concomitante de todos para que seja viável o ajuste obrigacional.

> Art. 28-A. **Não sendo caso de arquivamento** e tendo o investigado **confessado** formal e circunstancialmente a prática de **infração penal sem violência ou grave ameaça** e com **pena mínima inferior a 4 (quatro) anos**, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

Em destaque cada um dos cinco (5) requisitos, que vamos analisar individualmente, mas sem seguir a ordem do artigo citado.

4.2.1 Pena mínima inferior a 4 anos

Mais uma vez o patamar de quatro anos é escolhido pelo legislador e isso tem a sua lógica/justificativa. O limite de 4 anos (igual, inferior ou superior) é observado para definição de muitas coisas no Direito Penal e no processo penal:

- ✓ regime de cumprimento de pena (art. 33, § 2º, 'c', CP);
- ✓ substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, CP);
- ✓ suspensão condicional da pena para idosos (art. 77, § 2º, CP);
- ✓ possibilidade de fiança pelo delegado (art. 322, CPP);
- ✓ admissibilidade da prisão preventiva (art. 313, I, CPP);
- ✓ eleição de procedimentos (art. 394, § 1º, I, CPP).

A lógica é bastante simples: sujeito que é condenado com pena de até 4 anos, regra geral, não fica e nem será preso para cumprimento de pena. Ora, se o tratamento é mais brando mesmo em caso de condenação definitiva, também poderá sê-lo antes da sentença.

Repare, de imediato, que a pena cominada tem de ser **menor que 4 anos** – não pode ser igual. Em outras palavras: o limite para o ANPP é de pena mínima cominada (em abstrato) de até 3 anos, 11 meses e 30 dias.

É grande a abrangência do ANPP. Cabe para uma infinidade de infrações como, por exemplo, furto, receptação, estelionato, contrabando, descaminho etc.

Para o cálculo desse limite, há se observar o disposto no § 1º do mesmo artigo:

> § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão **consideradas as causas de aumento e diminuição** aplicáveis ao caso concreto.

A premissa de que as causas de aumento e diminuição, a continuidade e os concursos de crimes devem ser considerados já é, de longa data, consolidada na jurisprudência em relação a outros institutos (como a transação e a suspensão condicional do processo). Nesse sentido as Súmulas 243 do STJ e 723 do STF e o Enunciado 29 do CNPG/GNCCRIM:

> Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O critério deve ser observado em cada caso concreto. Então, como se busca e pena 'mínima', a pergunta hipotética é o seguinte: qual a pena mínima que esse agente estaria sujeito, caso fosse processado e condenado? Observam-se todas as circunstâncias do caso, operando-se, então, os aumentos na fração mínima e as diminuições na fração máxima cominada em lei. Dessa operação mental deve resultar uma pena menor que 4 anos.

Um determinado crime, por exemplo, que tenha pena mínima de 4 anos, será passível de ANPP caso não se consume (tentativa – art. 14 do CP); a pena deve ser hipoteticamente diminuída no grau máximo de dois terços e o resultado ficaria em 1 ano e 4 meses (portanto, menor que 4 anos).

4.2.2 Sem violência ou grave ameaça

Esse é outro critério bastante reproduzido em lei, inclusive pelo 'Pacote Anticrime'. A existência de *violência ou grave ameaça* impede também a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I do CP) e essa perspectiva de encarceramento certamente foi tomada em conta para escolha desse critério como impeditivo do ANPP.

Exemplos: para uma agressão que gerasse lesão corporal grave ou gravíssima (art. 129, §§ 1º e 2º, CP) não seria possível o ANPP – há *violência*; no roubo (art. 157, CP), o ANPP não seria viável por duas razões: pena mínima é igual a 4 anos (não é menor) e o crime pressupõe *grave ameaça* ou *violência*.

A *violência* impeditiva do ANPP deve ser exercida contra a pessoa (embora a lei não especifique, como fez no parágrafo único do art. 71); não pode ser diferente, tanto que a lei fala em *grave ameaça*, esta que certamente não pode ser dirigida a entes inanimados. A violência ou o estrago causado a bens/coisas estão fora de questão. Então, por exemplo, um furto qualificado pela destruição de obstáculo (art. 155, § 4º, I, CP) é passível do acordo.

Questão mais delicada é averiguar sobre qual tipo de *violência* estamos tratando: somente a **dolosa** ou a **culposa** também?

ROGÉRIO SANCHES CUNHA sustenta que "a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado. Logo, homicídio culposo, por exemplo, admite ANPP" (Cunha, 2020). RENATO BRASILEIRO DE LIMA também entende da possibilidade de ANPP para crime culposo com resultado violento. Nesse sentido o Enunciado 23 do CNPG/GNCCRIM:

É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

Existem, todavia, pensamentos contrários, inclusive usando o mesmo exemplo de homicídio culposo:

Essa violência contra a pessoa pode ser tanto a **violência dolosa** (v.g. crime de roubo), quanto a **violência culposa** (v.g. homicídio culposo). Isso porque o legislador não delimitou a restrição a uma determinada modalidade de imputação subjetiva (o dolo), como o fez, por exemplo, no parágrafo único do art. 71, do Código Penal, nem previu expressamente a possibilidade de ANPP para todos os delitos culposos, como feito no caso do art. 44, I, *in fine*, CP (Cabral, 2020).

Essa é uma questão que a praxe forense deverá pacificar ao longo do tempo. De qualquer modo, achamos mais razoável o entendimento da possibilidade de ANPP para crimes com violência culposa.[27] Sabendo da qualidade das nossas leis (e das muitas antinomias do 'Pacote Anticrime'), não podemos partir da premissa que a omissão do legislador (ao não se referir a pessoa no dispositivo) tenha sido 'intencional'.

Por outro lado, em relação a outras espécies de *violência*, assim pondera RODRIGO L. F. CABRAL:

Ademais, a meu ver, o conceito de violência inclui os casos de **violência real, imprópria** e **presumida**, vez que – uma vez mais – o legislador não apresentou nenhuma restrição ao conceito de violência, devendo abranger todas as modalidades de violência trazidas pelos tipos penais da Parte Especial e legislação extravagante, como é o caso, por exemplo, do crime de resistência qualificada (violência real), tentativa de roubo com violência imprópria (CP, art. 157, *in fine*) e de estupro de vulnerável, com violência presumida (CP, art. 217-A) [este último já não caberia o ANPP por conta da pena mínima, mas cito aqui para fins didáticos]. Todos esses casos de violência (real, imprópria ou presumida), sem dúvidas, expressam um injusto mais grave, por conta de um maior desvalor da ação (Cabral, 2020).

4.2.3 Não ser caso de arquivamento

A expressão *não sendo caso de arquivamento* para determinados acordos na esfera criminal não é nova. Nesse sentido, veja-se o art. 76 (que trata da transação penal) na Lei 9.099/1995.

Grosso modo, a expressão indica a viabilidade, a plausibilidade da imputação advinda dos elementos informativos colhidos até então. A "investigação criminal (seja IP, PIC, CPI ou outros elementos de

[27] Esse é um tema que não deve ser cobrado em prova objetiva, embora possa vir em questões discursivas.

informação) já deve estar madura para o oferecimento da denúncia. É dizer, devem estar preenchidas as condições da ação penal" (Cabral, 2020).

A 'mensagem' do texto da lei ao Ministério Público é muito clara: não se proponha ANPP como um 'atalho' ou desfecho para procedimentos investigativos inconclusivos, de forma temerária e em relação a pessoas cuja responsabilidade não se conseguiu sumariamente delimitar, mesmo que em perspectiva. A expressão, não resta dúvida, impõe responsabilidade ao *parquet* na eleição dos casos passíveis de acordo, de maneira que não incida em constrangimentos e arbitrariedades contra pessoas inocentes ou para as quais a pretensão punitiva não se faz presente.

> Assim, deve existir a aparência de prática de um crime (*fumus comissi delicti*), deve existir legitimidade de parte (ou seja, a ação deve ser penal pública), a punibilidade concreta deve estar preservada (não pode estar, por exemplo, prescrita a pretensão acusatória) e também deve estar presente a justa causa, consubstanciada pelos elementos informativos e probatórios mínimos que emprestem fundamento empírico para o oferecimento de denúncia. [...]
> Além disso, devem estar preenchidos os eventuais pressupostos processuais aplicáveis na espécie, como, por exemplo, a representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, quando for esse o caso (CPP, art. 395, II) (Cabral, 2020).

Sem descuidar de outros requisitos exigíveis, a *justa causa* é o que há de mais importante; é pressuposto para o ANPP. Aliás, sem *justa causa*, persecução penal alguma se sustenta, nem mesmo em fase indiciária. Esse suporte probatório mínimo, essa 'razão de fundo' deve necessariamente estar presente, mesmo para implementação daquilo que para muitos é visto como um 'benefício' para o investigado.

A ideia, ao fim e ao cabo, é relativamente simples: não deve o MP apresentar proposta caso não tenha elementos suficientes para oferecer uma denúncia ('causa madura'); e veja, esse será o caminho, na sequência, em caso de recusa do agente.

Dentro desse requisito, poderíamos também conceber como necessária (a exigência está implícita na lei) a <u>existência de uma investigação, de um procedimento formal</u> (não necessariamente inquérito) no bojo do qual o acordo deverá ser documentado. Isso é necessário inclusive para efeito de *controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais* (art. 3ºB, CPP).

4.2.4 Necessidade e suficiência do ANPP

Mais uma locução que não é nova na esfera criminal: *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. O mesmo critério é observado para individualização da pena, para estabelecer a pena-base, nos termos do *caput* do art. 59 do Código Penal.

Estamos diante de um requisito relativamente aberto, que comporta interpretação e envolve a análise das condições pessoais do investigado; por isso mesmo, requisito <u>subjetivo</u>.

É preciso 'objetivar' a interpretação e outorgar mais segurança jurídica na análise do requisito. Assim, de todo recomendável a utilização das circunstâncias judiciais (do art. 59 do CP) como parâmetros. Nesse sentido a Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada de março de 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 2, 'h': *ser a celebração do acordo suficiente à reprovação e à prevenção*

do crime, tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (artigo 44, inciso III, do Código Penal).

As *condições pessoais* do agente e as *circunstâncias do fato* (gravidade concreta) – referidas no inc. II do art. 282 do CPP, como diretrizes para as medidas cautelares –, também ganham relevo nessa análise.

Uma variável de destaque nessa análise são as *consequências* da infração, a magnitude da lesão causada. Nesse ponto, o 'Pacote Anticrime' NÃO reproduziu a proibição constante do art. 18, § 1º, II da Resolução 181 do CNMP:

> ~~§ 1º~~ Não se admitirá a proposta nos casos em que:
>
> II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

Se de um lado a vedação 'engessava' bastante o espectro de aplicação do ANPP, por outro evitava análises casuísticas e subjetivas. Assim, considerando que a reparação do dano é condição obrigatória, o simples fato de o prejuízo da vítima ter sido grande (superior a 20 salários mínimos), hoje, não é impeditivo do ajuste, mas essa análise tem de ser feita em harmonia com a possibilidade de reparação pelo agente e com os objetivos e finalidades do ANPP.

Sobre esse requisito, assim dispõe o Enunciado 19 do CNPG/GNCCRIM: *o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto*.

EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, ao tempo em que dizem que o ANPP "implica a *aplicação de pena criminal*" (diferente do que sustenta boa parte da doutrina, que afasta a natureza de 'pena' das obrigações impostas), aprofundando o tema, assim se manifestam sobre o requisito, inclusive trazendo algumas situações concretas:

> O principal critério trazido pela nova lei, contudo, remete à circunstância já conhecida na modulação da aplicação da pena. Trata-se do condicionamento do juízo acerca da assunção do acordo segundo "seja necessário e suficiente reprimir e prevenir o crime" (art. 28-A). Aqui, como visto, importantíssimo papel foi reservado ao Ministério Público, em primeiro lugar, e, depois, ao juiz das garantias, responsável pela homologação do acordo.
> Sempre estará presente o risco de excesso de subjetivismo na compreensão dessa circunstância nos casos concretos. Como o rol de crimes abrangidos pela possibilidade do acordo de não persecução é demasiado extenso, a Justiça Penal negociada poderá se tornar a principal alternativa para o sistema, desde que a aplicação das novas regras obedeça a critérios mais ou menos objetivos, e, de preferência, regulados normativamente no âmbito interno do Ministério Público.
> Os delitos praticados por organizações criminosas, por exemplo, embora possam eventualmente se enquadrar no acordo (penas de até quatro anos e sem grave ameaça ou violência), não deveriam ser objeto do ajuste de não persecução, dado que as sanções previstas na lei não parecem suficientes para reprimir nem para prevenir delitos, dado que elas se organizam exatamente para a prática de crimes. Aliás, no ponto, pode-se argumentar até que já haveria

vedação em relação aos membros de qualquer organização criminosa, na medida em que o acordo é vedado para aqueles com conduta criminosa profissional (art. 28-A, § 2º, II, CPP).
Haverá outros exemplos, é claro, mas o mais relevante é a abertura legislativa para a composição de crimes que, embora abstratamente (pela pena cominada e pelo bem jurídico atingido) mais graves, podem oferecer hipóteses de menor complexidade e de menor repercussão no âmbito da Administração Pública, por exemplo. Separar o joio do trigo em cada hipótese concreta poderá ser bastante proveitoso para os interesses da justiça penal.
Nesse ponto, será de fundamental importância o exame cuidadoso da culpabilidade do agente, as circunstâncias e a danosidade do fato, já a ser examinada concretamente. A reiteração de fatos da mesma natureza – ou até mesmo de outra – deverá ser levada em conta, bem como a primariedade e ausência de antecedentes do agente. Relembre-se que há previsão de impossibilidade do acordo para investigados reincidentes ou em conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (art. 28-A, § 2º, II).
De fato, são inúmeros os crimes assim qualificados, incluindo simplesmente todos os crimes contra a Administração Pública, os de organização criminosa (integrar ou participar de organização criminosa) e os de lavagem de dinheiro, delitos portadores de maior censura pública. Quanto aos crimes de organização criminosa convém lembrar que a Lei nº 13.964/19 dá tratamento ainda mais rigoroso às organizações armadas (já punidas com maior rigor na Lei nº 12.850/13) e aos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). Aí a não aplicação do acordo fica mais clara, diante do potencial de violência e de grave ameaça produzida pelo uso de armas, independentemente da pena mínima cominada. O crime de tráfico de drogas privilegiado, por exemplo, não pode mais ser considerado hediondo, por força da nova legislação, o que, à vista da causa de diminuição nele contido (art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06), permitirá o acordo de não persecução. [...]
Não temos dúvidas quanto aos questionamentos que ainda virão, depois que passar o rancor contra o juiz das garantias. Uma tese previsível a ser levantada será quanto à inconstitucionalidade da abrangência da citada Lei, e, em especial, no que diz respeito ao combate à corrupção, à criminalidade organizada desarmada e à lavagem de dinheiro, delitos cuja pena mínima prevista é de 2 (dois), 3 (três) e 3 (três) anos, respectivamente. Não faltará quem sustente a necessidade de aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente, como ocorreu em conhecido episódio da suspensão do indulto presidencial, em que alguns Ministros da Suprema Corte restaram vencidos com argumentação nessa linha, hermeneuticamente discutível.
Cabe lembrar que o princípio da legalidade em matéria penal veio acolhido expressamente no texto de 1988, não só no que toca a que não há crime sem lei anterior, como no conjunto de normas de idêntico substrato ao longo do art. 5º da Constituição da República. Lei que preveja procedimento mais favorável aos investigados/réus, ou, mais que isso, modalidade específica de pena a ser aplicada, também se insere no âmbito da legalidade penal.
Já do ponto de vista de política criminal, a despeito de sermos amplamente favoráveis às alternativas ao cárcere, pensamos que os requisitos previstos na Lei, para a fruição do acordo de não persecução, podem se revelar tímidos, quando não subjetivos em demasia, para separar questões graves de outras, de menor impacto. Delitos como a lavagem de dinheiro, por exemplo, não podem ser dimensionados unicamente pelo valor lavado, a depender de como se entender sua objetividade jurídica (bem jurídico tutelado). Enfim, nada como o tempo e a efetiva aplicação da Lei para se poder avaliar o acerto (ou não) legislativo. Sigamos (Eugênio Pacelli, 2021).

Sem negar o “corte nitidamente político-criminal preventivo” ou mesmo o “aspecto de liberdade que a Constituição atribui aos Membros do Ministério Público, no exercício de sua independência funcional (CR, art. 127, § 1º)”, o certo é que “**essa avaliação não é subjetivista e deve ser sempre fundamentada em dados e elementos concretos do caso**, incidindo aqui o princípio da interdição da arbitrariedade” (Cabral, 2020).

4.2.5 Confissão formal e circunstanciada

O investigado, evidentemente, pode abrir mão do seu direito ao silêncio em prol do ANPP. Exige a lei confissão formal e circunstanciada.

Por **formal** entenda-se como observando os direitos e garantias individuais, documentando-se o ato, outorgando-lhe segurança jurídica. Aliás, nesse ponto, o § 2º do art. 18 da Resolução 181 do CNMP (para muitos em vigor naquilo que não contrarie a lei) assim estabelece:

> § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

Por **circunstanciada** compreenda-se uma assunção de conduta robusta, integral (no que diz respeito ao investigado), que traga informações consistentes sobre a forma de execução e que não deixe dúvidas sobre a autoria da infração.

Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada em março de 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 12: *O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e firmado pelo membro do MPF, pelo investigado e por seu defensor, devendo a confissão ser preferencialmente registrada em meio audiovisual*.

Na prática forense já nos deparamos com as seguintes questões:

✓ se o investigado não confessou o crime na delegacia, ainda assim o ANPP poderá ser proposto?

✓ Se eventualmente ele admitiu a infração no interrogatório perante o delegado, essa manifestação já formalizada supre a necessidade de nova confissão?

Para responder a essas questões, o escólio de RODRIGO L. F. CABRAL:

> Essa confissão deverá se dar na presença do Membro do Ministério Público, no momento em que for celebrado o acordo de não persecução penal devendo o investigado necessariamente estar acompanhado de seu defensor.
> **Não vale, portanto, a confissão anteriormente realizada no IP ou no PIC**, pois ela, como dito, deve ocorrer no momento da celebração do acordo.
> Ademais, será precisamente nesse momento do acordo, que o investigado deverá confessar toda a prática do delito. Caso exista omissão em sua narrativa, isso poderá justificar a rescisão do ANPP por não descumprimento [possivelmente o autor quis dizer ‘cumprimento’] de requisito subjetivo.

> Por outro lado, o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução. Muito pelo contrário. É precisamente nessas hipóteses que o acordo é mais importante, pois, com o ANPP, uma investigação criminal que não contava com a confissão, depois da avença, passará a ter mais esse elemento de informação.

AURY LOPES JR. sustenta que pode "**essa confissão ser feita na investigação"; não necessariamente no ANPP**. Aparentemente este autor opta por uma interpretação mais literal da lei, que não exige aquilo que estabelece a Resolução 181 do CNMP no § 2º do art. 18, antes transcrito.

De nossa parte, acreditamos que a lei não impeça a adoção ou o aproveitamento da confissão operada no interrogatório policial; desde que tenha sido feita de modo formal e circunstanciado e, quando do acordo, confirmada (inclusive na sua *voluntariedade* – art. 28-A, § 4º) com assistência do defensor. A defesa técnica, seja para confirmação da confissão, seja para formalização do ANPP, acaba sendo fundamental.

Essa *confissão*, perceba, ordinariamente é feita em fase de investigação, etapa pré-processual, sem que nem mesmo acusação formal se tenha, de maneira que encontra limitações nos seus usos e consequências processuais. Em caso de não homologação ou à vista de alguma ilegalidade/arbitrariedade, pouca ou nenhuma serventia terá. Caso haja homologação e cumprimento das condições impostas no ANPP, ocorrerá *extinção da punibilidade* (§ 13, art. 28-A, CPP), restando sem reflexos a 'confissão'.

Fato é que essa dita 'confissão' não implica reconhecimento de culpa, quando muito assunção da autoria de uma conduta aparentemente típica. A culpa penal, para ser expressamente reconhecida, demanda o *devido processo legal*. Tanto isso é verdade que, a exemplo do que acontece com a transação penal (§ 6º do art. 76 da Lei 9.099/1995) e com a suspensão condicional do processo, não haverá a formação de nenhum título executivo, sem consequências automáticas na esfera cível e, inclusive, sem constituir maus antecedentes. Nesse sentido:

> § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

Outra questão que surge é a seguinte: **essa confissão poderá ser usada no processo, como elemento de convicção?**

Aqui, antes de trazer respostas, é importante entender a repercussão do § 3º do art. 3º-C do CPP, atualmente com a eficácia suspensa pelo STF (ADIs 6.298, 6.299, 6.300):

> § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Se essa disposição vingar (o Plenário do STF terá de definir), na literalidade daquilo que dispõe, em princípio, o juiz da instrução e julgamento nem acesso terá a todo o procedimento de investigação (salvo algumas exceções). Portanto, não tomaria conhecimento formal do conteúdo da confissão no ANPP.

Tirante essa disposição, assim se manifesta a doutrina:

> O segundo aspecto importante é que fornece ao Ministério Público – em caso de descumprimento do acordo – um importante elemento de informação, que pode servir: i) como corroborador das provas produzidas em contraditório (CPP, art. 155); ii) como fonte de informação para busca de novos elementos probatórios e fontes de prova e iii) como elemento de contraste em relação a eventuais depoimentos aparentemente falsos prestados no processo penal, caso, obviamente, ocorra o descumprimento.
> [...] caso tenha sido o acordo homologado e posteriormente descumprido, poderá legitimamente ser ele utilizado no processo penal.
> Isso porque, uma das finalidades da confissão é precisamente essa, oferecer uma contrapartida ao Estado por ele ter aberto mão do exercício da ação penal. É dizer, o investigado apresenta ao Ministério Público um forte elemento de informação (sua confissão extrajudicial) em troca de um tratamento mais benéfico.
> Se assim não fosse, não haveria praticamente nenhuma consequência ao investigado em descumprir o acordo. Só teria ele ganhado tempo e atrapalhado o curso natural da persecução penal, sem qualquer ônus ou desvantagem no processo penal.
> O acordo aqui, evidentemente, pressupõe que cada uma das partes abra mão de alguma coisa. O MP abre mão do exercício da ação penal, o investigado entrega a confissão formal e circunstanciada (Cabral, 2020).

Renato Brasileiro vai no mesmo sentido. Diz que eventual denúncia apresentada pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, a confissão do ANPP. "Ora, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, deixando de adimplir as obrigações convencionadas, é de todo evidente que não se poderá desprezar os elementos de informação por ele fornecidos" (Lima, 2020).

Eis o Enunciado 28 do CNPG/GNCCRIM: *Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)*.

Repare: a confissão (seja ela judicial ou extrajudicial), sozinha, não é suficiente para condenação de ninguém (art. 197, CPP). Então, a confissão no ANPP, guardadas as devidas proporções, terá valor como um elemento informativo qualquer, importando muito mais o conteúdo e a compatibilidade com outras provas do que propriamente a forma com que se realizou. Caso o processo se inicie, ao final da instrução o interrogatório será realizado (é indispensável), oportunidade em que, inclusive, o réu poderá se retratar. Valor probatório da confissão no ANPP, como sói acontecer com outros elementos de informação, é relativo, avaliado no contexto.

4.3 - Causas impeditivas

Alguns falam em *requisitos*, outros em *vedações* ou mesmo c*ausas impeditivas*. A nomenclatura pouco importa; interessa mais saber quando o ANPP é proibido pela lei (art. 28-A do CPP):

> § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

Para isso, vamos acompanhar e explicar na sequência em que apresentadas pelo Código.

> I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

Em se tratando de acordos despenalizadores, a transação é, por lei, preferível. Implicitamente a lei está admitindo um escalonamento entre eles:

- **1º)** transação;
- **2º)** ANPP;
- **3º)** suspensão condicional do processo.

Esse escalonamento tem correspondência inclusive com a fase da persecução penal. Normalmente, transação é realizada numa fase bem prematura; ANPP quando da conclusão das investigações; suspensão condicional do processo quando do oferecimento da denúncia.

Seja pela fase, seja pela proporcionalidade das restrições em relação à gravidade da infração, seja para evitar sobreposição de benefícios, optou o legislador por eleger prioridades e exclusões.

Lembre-se que transação é cabível somente para as infrações de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes com pena de até 2 anos), ao passo que o ANPP para crimes outros, de potencial ofensivo mais elevado, que tenham pena mínima inferior a 4 anos. Há uma espécie de avaliação de 'custo-benefício' (proporcionalidade em sentido estrito) em favor do infrator, feita pela própria lei.

Por outro lado, a lei não proibiu o ANPP para as situações em que aplicável a suspensão condicional do processo. O que fez o 'Pacote Anticrime' foi criar uma nova causa de impedimento (facultativa), ao lado daquelas constantes do art. 89 da Lei 9.099/1995, para a proposta do *sursis* processual:

> § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Outra causa impeditiva do ANPP está no inciso II do § 2º do art. 28-A do CPP:

> II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

Ao invés de fazer remissão ao art. 76, § 2º da Lei 9.099/1995, como fazia a Resolução 181 do CNMP (art. 18, § 1º, III), a Lei 13.964/2019 optou – e fez bem (isso facilita a interpretação, resultando em maior segurança jurídica) – por expressar no texto as causas impeditivas do ANPP relacionadas à vida pregressa do agente.

A reincidência está definida no Código Penal, artigos 63 e 64, de maneira que a segunda parte do dispositivo é que demanda um pouco mais de atenção.

Outra questão que já nos deparamos no dia a dia forense: cabe ANPP para quem já responde processo em curso ou é (já foi) investigado em inquéritos policiais?

Cabe SIM. Pessoa que é investigada ou mesmo responde a processo ainda é *primária* e a ela socorre a *presunção de inocência*. O que a lei vedou foi o ANPP para reincidentes (aqueles que têm condenação definitiva), não para processados ou investigados. Na suspensão condicional do processo, repare, a opção legislativa foi outra, bem mais restritiva. O art. 89 da Lei 9.099/1995 veda o *sursis* processual para quem *esteja sendo processado*.

Por outro lado, em relação à segunda parte do dispositivo, não basta que o sujeito tenha outras 'passagens' na folha de antecedentes; é necessário que essas anotações criminais tragam *elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*. Percebe a diferença?

> Aqui o legislador pretendeu – como fez no caso da reincidência – vedar a aplicação do instituto do ANPP para aqueles [que] já vêm se envolvendo em práticas ilícitas.
> Para tanto, lança mão dos conceitos de conduta **habitual** (prática constante e costumeira de ilícitos, não bastando um único crime anterior, devendo, portanto, essa prática criminosa fazer parte da forma de vida do agente – ainda que não necessariamente há longo período de tempo); **reiterada** (repetida, cometida mais de uma vez – aqui é suficiente uma única prática criminosa anterior – veja-se que não se exige um número mínimo de infrações anteriores) e **profissional** (quando o agente comete o delito de forma organizada e aperfeiçoada – aqui não interessa o número de infrações praticadas, mas a forma profissional com que ela é cometida).
> É importante frisar que a habitualidade e a reiteração devem ser referir ao mesmo delito ou a delitos da mesma espécie. Caso se tratem de delitos que não são semelhantes entre si, não incidirá esta específica vedação. [...]
> Desse modo, por exemplo, se houver elementos de que o agente já praticou anteriormente um crime de direção sob influência de álcool, em princípio, não haverá vedação para celebrar um ANPP pela prática de um crime isolado de furto (Cabral, 2020).

Enfim, o nítido intento do legislador foi "vedar a celebração do acordo de não persecução penal com alguém que faz do crime uma atividade rotineira – verdadeiro meio de vida –, alguém que poderá voltar a praticar novos delitos, o que, *de per si*, justifica a restrição" (Lima, 2020).

Outro importante detalhe: o que o legislador quis dizer na parte final do inciso, quando colocou *exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*?

O princípio da insignificância afasta a tipicidade material e, com isso, o próprio crime; não faz muito sentido, então, falar em 'infrações penais insignificantes'. Nesse sentido, parece razoável (como também aponta BRASILEIRO), a interpretação do Enunciado 21 do CNPG/GNCCRIM, entendendo estas como delitos de menor potencial ofensivo.

> III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

A mesma limitação temporal ao benefício existe na transação penal (art. 76, § 2º, II da Lei 9.099/1995) e também é aplicada analogicamente na suspensão condicional do processo (segundo reconhece o STJ). Portanto, nada de muito inovador. A intenção da vedação é a mesma: não banalizar os institutos; evitar que as pessoas reiterem em crimes já antevendo os benefícios 'de sempre'; direcionar os benefícios para 'marinheiros de primeira viagem' na Justiça Criminal.

A contagem desse prazo deve observar a data de implementação/homologação do benefício anterior, daí a necessidade de registro de que fala o § 12 do art. 28-A do CPP e o § 6º do art. 76 da Lei 9.099/1995.

Vamos para a próxima causa impeditiva:

> IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Duas ordens de crimes restam afastados, os praticados:

i. **no âmbito de violência doméstica ou familiar** – a vítima aqui não precisa ser necessariamente mulher, basta que o crime ocorra "no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou de qualquer relação íntima ou de afeto (Lei n. 11.340/06, arts. 5º e 7º)" (Lima, 2020); ou
ii. **contra a mulher por razões da condição de sexo feminino** – aqui o crime é "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, ainda que cometido fora do ambiente doméstico e familiar" (Cunha, 2020).

Essas vedações são reportadas também no Enunciado 22 do CNPG/GNCCRIM que, à falta de previsão legal quanto aos crimes hediondos, 'ressuscita' a vedação quanto a eles (então constante no inc. V do § 1º do art. 18 da Res. 181 do CNMP), com uma nova base normativa:

> Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes **hediondos e equiparados**, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

RODRIGO CABRAL pensa diferente e seus argumentos são muito consistentes, vale a leitura, inclusive pelos exemplos que traz:

> Outra questão que surge a respeito do cabimento do acordo de não persecução penal é se ele seria cabível para crimes hediondos ou equiparados.
> É certo que o inciso V, § 1º do art. 18 da Resolução n. 181/17- CNMP, expressamente proibia o cabimento do acordo de não persecução para os delitos hediondos e equiparados.
> O art. 28-A do Código de Processo Penal, porém, não acolheu essa limitação, sendo certo que esse **não é mais um requisito objetivo para o cabimento do acordo**.
> Sem embargo, na atualidade, o acordo de não persecução não é cabível para a imensa maioria dos crimes hediondos e equiparados por outras razões. É que vários desses delitos são cometidos mediante violência e grave ameaça, além do que à maioria deles é cominada pena igual ou superior a quatro anos.

> Na verdade, as únicas possibilidades que se descortina, em que seria, pelo menos em tese, cabível o acordo de não persecução penal para crimes hediondos ou equiparados, seriam:
> **(i)** o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, cuja pena mínima é de 03 (três) anos (Lei n. 10.826/03, art. 16) e é crime equiparado a hediondo, por força do parágrafo único, inciso I, da Lei n. 8.072/90;
> **(ii)** o crime de organização criminosa, quando voltado à prática de crimes hediondos ou equiparados, cuja pena mínima é de 03 (três) anos (Lei n. 12.850/13, art. 3º) e é crime equiparado a hediondo, por força do parágrafo único, inciso V, da Lei n. 8.072/90;
> **(iii)** para os casos de tentativa do crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, cuja pena mínima é de 04 (quatro) anos (CP, art. 218-B), mas que pode se tornar inferior a quatro, quando da incidência da minorante da tentativa, desde que o delito não seja, obviamente, cometido com violência (inclusive ficta) ou grave ameaça.
> Portanto, como dito, para esses delitos, ao menos em tese, é cabível o acordo de não persecução penal.
> Obviamente que é criticável essa possibilidade, fundamentalmente por conta do mandado de tratamento penal mais severo, estabelecido pelo inciso XLIII, do art. 5º da Constituição da República.
> Sem embargo, não é possível divisar clara inconstitucionalidade nessa possibilidade, uma vez que, como se tem visto ao largo deste trabalho, <u>a infração penal não ficará sem resposta, mesmo porque, para aludidos delitos, caso a pena fosse fixada próximo ao mínimo</u> (hipóteses em que é cabível o ANPP), <u>ao fim e ao cabo, o agente acabaria sendo beneficiado por uma pena restritiva de direito, em substituição da privativa de liberdade</u>. É dizer, a extirpação da proibição de ANPP para aludidos delitos está em harmonia com a projeção de pena que se poderia divisar em relação a eles. (Cabral, 2020)

E quanto aos **crimes militares**, existe algum impeditivo para o ANPP? Há divergência, conforme bem resume ROGÉRIO SANCHES CUNHA:

> A Res. 181/17 do CNMP vedava o ANPP nos crimes militares que afetassem a hierarquia e a disciplina. Nos demais, autorizava. A Lei 13.964/19 não trata do assunto. Silencia. O que interpretar do seu silêncio? Consigo antever divergência. Uma **primeira corrente** dirá que o silêncio nos permite concluir que o ANPP, agora, está autorizado para qualquer crime militar. **Outros**, não sem razão, dirão que o silêncio da indica que o legislador julgou o ANPP incompatível com os crimes militares, próprios ou impróprios. É que a Lei 13.964/19 fez algumas alterações no CPPM, buscando, ao que tudo indica, espelhar seus dispositivos com os do CPP comum, e nele, CPPM, não tratou do ANPP. Silêncio eloquente, portanto (Cunha, 2020).

RODRIGO L. F. CABRAL e RENATO BRASILEIRO DE LIMA estão aderindo à primeira corrente em suas respectivas obras, sustentando, portanto, a aplicabilidade do ANPP para crimes militares. Caberá ao STF, provavelmente, pacificar o tema. Esperamos que isso aconteça.

4.4 - Condições impostas

Quanto à natureza dessas condições, vale a transcrição do Enunciado 25 do CNPG/GNCCRIM:

O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência.

A exemplo da suspensão condicional do processo, o ANPP também tem suas condições legais, algumas **cumulativas** e outras que são **alternadas**, conforme dispõe expressamente a parte final do art. 28-A do CPP. Para saber quais das condições podem ser alternadas, é preciso destacar (isso é determinante) a conjunção alternativa "**ou**" constante na lei entre os incisos IV e V.

Vamos aqui reproduzir o artigo integralmente, com os destaques necessários, para facilitar a visualização das obrigações que devem ser cumuladas (as três primeiras, em azul), daquelas que são alternativas (em amarelo queimado):

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Na sequência, vamos analisar cada uma dessas disposições.

4.4.1 Reparação do dano

A exemplo do que acontece com a suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, I, Lei 9.099/1995), é a primeira e mais importante condição para o acordo.

A reparação, na medida do possível, deve ser a mais abrangente possível, podendo englobar os danos de toda a ordem, inclusive 'restituição' de coisas subtraídas. Essa exigência também está dentro de uma opção

política do legislador (implementada em outros dispositivos) de procurar tutelar de melhor forma os interesses da vítima dentro da persecução penal. A reparação dos danos ganhou força nos últimos anos, tanto em leis esparsas quando no CPP. Traga-se como um breve exemplo o art. 387, inc. IV do Código.

Essa condição, evidentemente, não deve ser imposta quando o crime não causar danos à vítima e quando o agente não tiver condições de efetuar a reparação (parte final do inc. I). Para isso demonstrar, evidentemente, não basta a mera 'alegação' do agente, desprovida de quaisquer outras evidências.

RODRIGO CABRAL destaca que a reparação, por via de acordo, é muita mais rápida, mas deve ser efetiva, "não bastando a mera declaração formal de compromisso de ressarcimento". Sustenta que o conceito de vítima, para fins de reparação do dano, "abrange pessoas físicas, jurídicas e entes coletivos, ainda que despersonalizados". Recomenda que é muito importante que em algum momento a vítima seja ouvida sobre os danos e a melhor forma de repará-los, ao mesmo tempo em que se deve evitar "pretensões indenizatórias abusivas e destituídas de lastro probatório" (Cabral, 2020).

Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada em março de 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, itens 14 e 15:

> 14. A impossibilidade econômico-financeira de reparar o dano deverá ser demonstrada pelo interessado com base em documentos, tais como, extratos de conta corrente, conta de luz, imposto de renda ou outros documentos, sem prejuízo de consulta à ASSPA.
> 15. A reparação do dano não terá, necessariamente, de ser integral, quando aplicada em conjunto com outras condições.

4.4.2 Renúncia de bens e direitos

Estamos diante daquilo que a doutrina tem chamado de *confisco aquiescido*. Não seria razoável fazer um acordo que fulmina com a pretensão punitiva do Estado deixando o agente criminoso com domínio de bens (ou direitos) que ele não teria não fosse a prática criminosa, ou mesmo usados para essa prática.

O parâmetro normativo para essa condição está no art. 91 do Código Penal. Diferença é que no ANPP isso não vai ser imposto por uma sentença condenatória; ao contrário, vai envolver uma 'renúncia voluntária' (ou 'aquiescida'), necessária para o ajuste, cujos efeitos serão imediatos, resolvendo-se a questão da destinação dos bens no próprio ANPP.

> Art. 91 - São efeitos da condenação:
>
> II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:
>
> a) dos **instrumentos do crime**, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
>
> b) do **produto do crime** ou de qualquer bem ou valor que constitua **proveito** auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

RODRIGO CABRAL sustenta a possibilidade de o MP indicar para renúncia voluntária também os bens e valores equivalentes indicados nos parágrafos do art. 91 do Código Penal, mitigando-se "o dever Estatal de encontrar o produto ou comprovar todo o iter seguido pelos produtos para se transformar em proveito, compensando a não identificação desses bens, com o confisco do patrimônio lícito do investigado" (Cabral, 2020):

> § 1º Poderá ser decretada a perda de **bens ou valores equivalentes** ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.
>
> § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger **bens ou valores equivalentes** do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Com relação aos instrumentos do crime, deve-se observar as limitações da alínea 'a' do inc. II do art. 91 do CP: somente *coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*. O autor, antes citado, defende também que o confisco alargado (art. 91-A do CP), em termos de renúncia voluntária para efeito do ANPP, só teria cabimento nos casos de crimes com *pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão*, para atender ao requisito legal.

4.4.3 Prestação de serviços comunitários

O parâmetro normativo para essa condição é o disposto no art. 46 do Código Penal:

> Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.
>
> § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.
>
> § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.
>
> § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.
>
> § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Aquilo que é concebido no Código Penal como uma pena restritiva, no processo penal é resgatado como uma condição necessária para o ANPP, deixando de ter natureza jurídica de sanção, despindo-se de caráter imperativo. Nessa condição, não se cogita a possibilidade de prisão em caso de descumprimento da prestação de serviços a que o agente se comprometeu.

Sobre a prestação de serviços à comunidade, no Direito Penal, assim se manifesta BITENCOURT:

A prestação de serviços à comunidade é um **ônus que se impõe ao condenado como consequência jurídico-penal da violação da norma jurídica**. Não é um emprego e tampouco um privilégio, [...] aliás, por isso, a recomendação de utilizar-se somente as entidades referidas e em atividades em que não eliminem a criação de empregos.
O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido retributivo. Ao mesmo tempo, o condenado, ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil ao perceber que está emprestando uma parcela de contribuição e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado. Essa circunstância leva naturalmente o sentenciado à reflexão sobre seu ato ilícito, a sanção sofrida, o trabalho realizado, a aceitação pela comunidade e a escala de valores comumente aceita pela mesma comunidade. Essa reflexão facilita o propósito pessoal de ressocializar-se, fator indispensável no aperfeiçoamento do ser humano. Essa sanção representa uma das grandes esperanças penológicas, ao manter o estado normal do sujeito e permitir, ao mesmo tempo, o tratamento ressocializador mínimo, sem prejuízo de suas atividades laborais normais (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral – 26ª edição de 2020. Editora Saraiva)

Resguardada a distinção de que **no ANPP é condição imposta em lei e não pena/sanção**, a ideia, no processo penal, é essencialmente a mesma. Constitui uma forma sumária de reprovação da conduta do infrator, em contrapartida a eventual mal que tenha ele causado com sua conduta aparentemente criminosa. As prevenções geral e especial estão como base dessa condição. É um dos ônus do agente frente aos bônus que o acordo oferece.

E qual o tempo de prestação desses serviços? Vai depender do crime em questão. O inc. III diz que é por *período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços*. Claro, a gradação entre esses limites deve se operar com razoabilidade, observando-se o grau de censurabilidade da conduta do agente, levando-se em consideração parâmetros como aqueles indicados no art. 59 do CP, a exemplo do que acontece com a aplicação da pena.

Essa diminuição constitui uma das vantagens do agente para eventualmente aceitar o ANPP. Se fosse condenado a prestação de serviços seria pelo equivalente da pena imposta (uma hora de tarefa por dia de condenação); se aceitar o ANPP, além de se observar a pena mínima cominada, será esta diminuída em, pelo menos, 33%.

Cremos que o ideal seria o MP partir da diminuição máxima (2/3) e, conforme as circunstâncias pejorativas, ir se aproximando da diminuição mínima (1/3) – como a jurisprudência recomenda para a fixação das penas. Todavia, existe uma discricionariedade regrada do promotor para negociar e fixar o período com o investigado.

Os envolvidos têm liberdade para estabelecer, dentro dos limites objetivos da lei, o tempo de prestação dos serviços; entretanto, o local deverá *ser indicado pelo juízo da execução*, nos termos do § 2º do art. 46 do CP; não pelo Ministério Público (como previsto na Res. 181/2017-CNMP), muito menos pelo juiz que homologa o acordo. Lembre-se que a própria execução do ANPP, conforme o § 6º do art. 28-A, se dará perante o juízo da execução – e não o de conhecimento (ou das garantias).

Não obstante a crítica de parte da doutrina ao se estabelecer essa competência para o juiz da execução, o raciocínio do legislador foi o mesmo adotado no que se refere à pena de prestação de serviços. Nesse sentido:

> A prestação de serviços à comunidade deve ser aplicada pelo juiz que julgar o sentenciado. Porém, a designação da entidade ou programa comunitário onde a mesma deverá ser cumprida será atribuição do juiz da execução, que conhece a situação das entidades adequadas e fiscalizará a execução da pena. O mesmo juiz da execução poderá alterar a forma, horário e local de cumprimento da pena, com a finalidade de ajustá-la às condições pessoais do condenado e conciliar com suas atividades, de modo a não prejudicá-lo. O que o juiz da execução não poderá fazer, simplesmente, por falecer-lhe competência, será alterar a modalidade de pena restritiva aplicada, ou seja, "substituir" a limitação de fim de semana, por exemplo, por prestação de serviços à comunidade ou por prestação pecuniária etc., porque isso representaria alterar a pena aplicada na decisão condenatória, que transitou em julgado (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral – 26ª edição de 2020. Editora Saraiva).

Optou-se por uma solução pragmática – deixar nas mãos de um mesmo juiz (no caso, o da execução), para maior controle e organização dos serviços, a realização de convênios, cadastros e protocolos com entidades que possam receber essas pessoas para o cumprimento das obrigações. "Não é demais lembrar que o acordo é um negócio jurídico, que pressupõe a concordância das partes, não sendo possível a imposição de cláusulas por terceiros externos, que não participaram da negociação" (Cabral, 2020).

4.4.4 Prestação pecuniária

Com relação a esta condição, antes de qualquer coisa, é importante destacar que ela é **alternativa** e não cumulativa. Significa compreender que as três condições anteriores necessariamente devem estar presentes nos acordos; já a prestação pecuniária pode ser alternada com a condição genérica prevista no inciso seguinte (V) do art. 28-A.

Em termos simplistas: regra geral o investigado não tem como 'fugir' da prestação de serviços, mas a prestação pecuniária pode ser 'trocada' por outra condição indicada pelo MP.

O parâmetro normativo, no ponto, é o art. 45 do Código Penal:

> Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.
>
> § 1º A **prestação pecuniária** consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.
>
> § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

O detalhe importante é que a condição do ANPP, diferente da pena, NÃO fala (portanto, não cabe) em pagamento *à vítima* ou *seus dependentes*.

O caráter preventivo/retributivo está aqui também presente (a exemplo do que acontece na prestação dos serviços) e, da mesma forma, encontramos limites: 1 a 360 salários mínimos. A dosagem do montante, pelo Ministério Público em ajuste com o investigado, deve se dar observando o grau de censurabilidade da conduta e a capacidade econômica do investigado.

RODRIGO CABRAL adverte que " é imprescindível que a medida não seja demasiadamente pesada ou leve para o agente, guardando, portanto, proporção com as suas condições de fazer frente a essa prestação, conforme preceitua, inclusive, o art. 60 do Código Penal, que pode servir como horizonte interpretativo para a definição do valor a ser pago" (Cabral, 2020).

Mais uma vez, é ao juiz da execução penal (e não ao MP) que cabe indicar *a entidade pública ou de interesse social, [...] que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito*.

4.4.5 Condição alternativa genérica

Na suspensão condicional do processo (art. 89, § 2º da Lei 9.099/1995) é o juiz que pode especificar uma condição alternativa; no ANPP é o Ministério Público. Em um ou outro benefício, essa condição, se for estabelecida (é alternativa, lembre), deve ser adequada ao fato e à situação pessoal do acusado; deve ser *proporcional e compatível com a infração penal imputada*. Em outras palavras, a medida deve "manter uma relação de gravidade e incidência semelhantes à gravidade do injusto e da culpabilidade do agente, no caso concreto"; além disso, "deve existir uma relação finalística entre o crime aparentemente cometido e a medida a ser proposta" (Cabral, 2020).

No ANPP, dada essa alternatividade, não sendo recomendável a prestação pecuniária (inc. IV), terá cabimento a indicação dessa condição genérica; aliás, isso nos mostra (dada a abertura do dispositivo), que o rol de condições do art. 28-A é exemplificativo.

Fazendo remissão aos ensinamentos de RENEE SOUZA e PATRÍCIA DOWER, a doutrina consigna:

> Assim sendo, de forma resumida, a variedade e adaptabilidade das condições a serem estipuladas no acordo de não persecução penal podem experimentar relativas inovações e ampliações desde que:
> i) a prestação avençada não seja proibida;
> ii) não atinja direitos de terceiros;
> iii) não viole valores sociais e nem a dignidade da pessoa humana;
> iv) seja resguardada a consciência e voluntariedade do investigado;
> v) seja amparada pela juridicidade que permite sejam levados em consideração elementos materiais contidos no sistema jurídico em seu aspecto substancial;
> vi) implique em recomposição social do bem jurídico tutelado pela normal penal aparentemente violada.

RODRIGO CABRAL exemplifica algumas condições que poderiam ser impostas alternativamente:

- ✓ renúncia ou exoneração de cargo, função ou atividade pública;
- ✓ compromisso de não se candidatar a cargo público ou de não exercer função ou prestar concurso;
- ✓ compromisso de não exercer atividade, profissão ou ofício que dependam de habilitação;
- ✓ compromisso de submeter-se a tratamento ambulatorial;
- ✓ compromisso de não frequentar determinados lugares ou se aproximar de algumas pessoas;
- ✓ comparecimento a programas ou cursos educativos ou de reciclagem;
- ✓ suspensão parcial ou total de atividades;
- ✓ interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- ✓ compromisso de não contratação com o Poder Público;
- ✓ compromisso de publicação de notícia;
- ✓ compromisso de não conduzir veículo;
- ✓ retirada de conteúdo da internet ou compromisso de não acessar;
- ✓ compromisso de proferir palestras ou instruções comunitárias (Cabral, 2020).

Claro, na medida do possível, o MP deve dar preferência a medidas que tenham alguma previsão em leis, mesmo que a título de 'medidas cautelares' ou 'penas' (inclusive outras restritivas de direitos não previstas expressamente nos incisos anteriores); isso é importante para que se tenha critérios e se use a analogia, em prol de uniformidade, coerência e integridade.

A Lei nº 13.964/2019 (que introduziu o ANPP no CPP) não considerou a obrigação constante no § 8º do art. 18 da Resolução 181/2017 – CNMP:

> § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

De qualquer modo, eis a Recomendação 26 do CNPG/GNCCRIM:

> Deverá constar expressamente no termo de acordo de não persecução penal as consequências para o descumprimento das condições acordadas, bem como o compromisso do investigado em comprovar o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo apresentar, imediatamente e de forma documentada, eventual justificativa para o não cumprimento de qualquer condição, sob pena de imediata rescisão e oferecimento da denúncia em caso de inércia (§10º).

Enfim, embora não seja um dever legal, o Ministério Público está sugerindo, a nível institucional, que esse compromisso ao investigado conste expressamente no acordo de não persecução penal.

4.5 - Procedimento e formalização

Ao se analisar o art. 28-A do CPP, a conclusão a que se chega (observada a doutrina predominante) é que suas cláusulas têm conteúdo processual e material (implica extinção da punibilidade), são normas *híbridas* com vários aspectos favoráveis ao investigado. Partindo dessa premissa, devemos entender, então, que o

ANPP pode ser aplicado a fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019. Em situação semelhante, a despeito da proibição legal (art. 90), com relação à Lei 9.099/1995, foi esse o entendimento do STF na ADI 1719, fazendo retroagir as normas de conteúdo material mais benéficas.

Em outra oportunidade, também com relação à Lei 9.099/1995, assim consignou o STF: "As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata" (Inq-QO 1055, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 24/04/1996, Tribunal Pleno).

Acolhendo essa retroatividade, temos o Enunciado 20 do CNPG/GNCCRIM que, entretanto, traz uma ressalva: *desde que não recebida a denúncia*. Pessoalmente não concordamos com a restrição. A lei não diz isso e por outro lado, não foi essa a opção do legislador em relação a outro benefício, que tem semelhanças. Para a suspensão condicional do processo, a lei permite a aplicação inclusive em fase de sentença, quando houver desclassificação ou procedência parcial da acusação (art. 383, § 1º, CPP). Com a mesma ideia, inclusive, a tese nº 5 do Jurisprudência em Teses do STJ:

> 5) É inadmissível o pleito da suspensão condicional do processo após a prolação da sentença, ressalvadas as hipóteses de desclassificação ou procedência parcial da pretensão punitiva estatal.

A mesma linha de raciocínio dessa tese deve ser adotada para o acordo de não persecução penal.

O ANPP, à toda evidência, foi um instituto 'pensado' para ser aplicado em fase pré-processual, ao final da investigação e como alternativa excludente da ação penal. Todavia, pelo menos nessa fase transitória, não soa justo e razoável impedir esse acordo para os réus que já estão respondendo processo, desde que ainda não julgados. O tratamento deve ser isonômico, na medida do possível. Nesse sentido é também a compreensão de RODRIGO CABRAL, chancelada pelo STF no HC 74463, que frisa sobre o marco temporal para aplicação do ANPP aos processos em andamento:

> É dizer, o marco final para que se possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a **sentença penal condenatória**, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal.
> Isso porque, uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo.
> Ademais, já proferida sentença, esgotada está a jurisdição ordinária, não podendo os autos retornar ao 1º Grau, mesmo porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que hígida. (Cabral, 2020)

Nesse sentido a Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada de março de 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 8: *Admite-se o oferecimento de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA [procedimento de acompanhamento], caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo. Nessa hipótese, deverá ser requerido ao juízo o sobrestamento da ação penal*.

Todavia, já tivemos alguns precedentes isolados de tribunais (a exemplo do TJSC – 29-44.2019.8.24.0033), convertendo julgamento de apelação em diligência para oferecimento de proposta. Nesse sentido, mais recentemente, editou-se o Enunciado nº 98 pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, em sessão virtual de 09/6/2020:

> É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes.

Mais recentemente (novembro/2020 e março/2021), ambas as 6º e 7º Turmas do STJ (que compõem a Terceira Seção da Corte – matéria penal), bem como a 1ª Turma do STF firmaram o entendimento de que o ANPP retroage aos fatos anteriores à Lei 13.964/2019, **desde que não recebida a denúncia**. Confiram-se os precedentes, em ordem cronológica:

> 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "**o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".** (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020).
>
> O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, **desde que não recebida a denúncia**. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020) (HC 607.003/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª TURMA, julgado em 24/11/2020).
>
> O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, **desde que não recebida a denúncia** (HC 628.647, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 09/03/2021).

Por fim, diz o § 3º do artigo 28-A do Código de Processo Penal:

> § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

A regra estabelece que o ANPP será documentado, isso é necessário para segurança jurídica, com a necessidade de presença e firma de todos os envolvidos: promotor, advogado e investigado. É ato tecnicamente assistido (com necessidade de defesa técnica) que dispensa a presença do magistrado.

4.6 - Homologação e controle jurisdicional

No que diz respeito à **homologação**:

> § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

Pontue-se: a lei não exige presença e até implicitamente preconiza, em respeito ao sistema acusatório (imparcialidade), que o juiz fique ausente das negociações que envolvem as partes e o ANPP, até que seja finalizado esse ajuste (§ 3º). Por outro lado, estabelece a necessidade de uma audiência com a específica finalidade de homologação, em que o magistrado deve verificar sobre a *legalidade* e a *voluntariedade* (consentimento informado) do acordo, inclusive ouvindo o investigado na presença do seu advogado. Repare que daí, nessa solenidade, **a lei não exige a presença do Ministério Público**; talvez para que realmente se verifique sobre improvável, mas possível constrangimento. Não é o que pensa RODRIGO CABRAL:

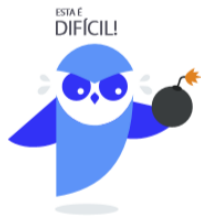
> Surge então a questão: e o Membro do Ministério Público deve estar presente?
> A resposta, desde a minha perspectiva, é claramente que sim. Isso porque, o Ministério Público, no processo penal, figura como titular da ação penal pública e também como fiscal da lei. Desse modo, todos os atos vinculados à persecução penal e ao Processo Penal devem contar com a presença do Promotor de Justiça. [...] se decidirá sobre a validade e a eficácia de negócio jurídico em que o Ministério Público é parte, existindo, portanto [...], evidente interesse processual direto, que justifica sua presença (Cabral, 2020).

A decisão do juiz (ele que não é parte no negócio jurídico, mas sim terceiro desinteressado) que homologa o ANPP não é e não equivale a uma sentença condenatória. É “mero ato homologatório, de natureza integrativa do negócio jurídico, sem força de coisa julgada material, e que tem a função de garantia da legalidade e da legitimidade da avença, permitindo que ela passe a surtir seus efeitos jurídicos”, passe a ter eficácia.

RODRIGO CABRAL, de modo muito didático, ainda relaciona os efeitos da homologação do ANPP:

- **i.** cumpre com a condição de eficácia, podendo ser iniciado o cumprimento, estando o MP impedido de oferecer denúncia e o investigado vinculado ao cumprimento;
- **ii.** suspende o curso da prescrição (CP, art. 116, inc. IV);
- **iii.** fixa termo *a quo* para a contagem do prazo de 5 anos para novo ANPP (art. 28-A, § 2º, III);

iv. deve a vítima ser intimada da homologação (art. 28-A, § 9º) (Cabral, 2020).

ESTA É DIFÍCIL!

Ok. **Mas quais os limites de atuação do juiz quanto ao ANPP. Até aonde vai o controle jurisdicional?** Algumas normas (dentro do art. 28-A do CPP) antes das respostas e comentários:

> § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.
>
> § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.
>
> § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

Esse tema deverá gerar bastante controvérsia na doutrina e jurisprudência. É evidente que o juiz pode avaliar a *voluntariedade* e a *legalidade* do ANPP, isso está expresso na lei. Não se discute, portanto, que o magistrado pode avaliar sobre a presença de requisitos legais e causas impeditivas. Mas a questão mais delicada é averiguar se o juiz pode avaliar as condições impostas ou mesmo o conteúdo delas.

Pessoalmente pensamos que SIM. É isso que está no § 5º do art. 28-A do CPP. Quando se avalia 'adequação', 'suficiência' e 'abusividade' (são os termos empregados), convenhamos, não há como escapar de uma análise de conteúdo das *condições dispostas no acordo*. Ora, só se pode avaliar se uma cláusula qualquer é 'abusiva' (pense num contrato comum), na medida em que se averigua o seu exato conteúdo, não só a extensão. O mesmo se diga em relação à 'adequação', relacionada à proporcionalidade da condição.

Por outro ângulo: a lei exige 'suficiência' para a realização do ANPP; o termo está expresso no *caput* do art. 28-A. A avaliação inicial e abrangente, para efeito de proposta, é feita pelo MP. Na sequência a mesma lei, no que se refere às condições, legitima o juiz a fiscalizar eventual 'insuficiência'. Podemos até não concordar com essa opção do legislador, mas ela está clara na lei.

Na medida em que a lei prevê, dentre outras, homologação, voluntariedade e fiscalização da legalidade, estabelece-se "a marca publicista do acordo de não persecução, realçando que os interesses em jogo não são meramente privados e têm transcendência pública". Em outros termos, "a função do juiz na apreciação do acordo de não persecução penal é de garantia dos direitos do investigado e da legalidade da avença", com cautela, para que não assuma uma posição de protagonismo, vulnerando sua imparcialidade (Cabral, 2020). Usamos premissas do próprio autor para justificar o nosso ponto de vista.

RODRIGO CABRAL (que é Promotor de Justiça) tem outra leitura. Para ele, o juiz jamais poderá decidir sobre a conveniência na formatação das cláusulas obrigacionais do acordo, inclusive no que diz respeito ao *quantum* de prestação de serviços e de prestação pecuniária, desde que estejam dentro dos limites estabelecidos em lei. Defende que essa avaliação político-criminal cabe exclusivamente ao MP e que o próprio "juízo de adequação, a que se refere aludido dispositivo, deve limitar-se à verificação se o acordo transbordou ou não, em extensão, os limites estabelecidos em lei para o ANPP" (Cabral, 2020).

No mesmo sentido caminha o Enunciado 24 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais/GNCCRIM, órgão do Ministério Público:

> A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.

RENATO BRASILEIRO, nessa questão, lembra que a Resolução 181 do CNMP, na sua redação original, não previa nenhum tipo de controle jurisdicional prévio à celebração do ANPP; na contramão de outros institutos semelhantes. Porém, isso começou a mudar com a Res. 183/2018. Afirma que “sendo o arquivamento a consequência de um acordo de não-persecução penal exitoso, tanto melhor que o juízo competente atue desde logo para verificar o cabimento da avença e de suas condições”, citando o § 5º do art. 28-A do CPP. Lembra que o juiz, nesse sentido, pode recusar o acordo. Destaca, no entanto, “que o magistrado não poderá intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo, o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a própria imparcialidade objetiva do julgador” (Lima, 2020).

AURY LOPES JR. diz que a essa postura intervencionista do juiz (de recusar o acordo) “se justifica apenas quando houver ilegalidade nas condições ou for gravemente abusiva para o imputado” (Júnior, 2020).

Em arremate: concordamos com os apontamentos de BRASILEIRO e AURY LOPES JR (embora não sejam muito esclarecedores quanto às conclusões). O juiz não pode se tornar protagonista do acordo, não pode intervir diretamente na estipulação das condições do ANPP e sua intervenção só se justifica em circunstâncias de evidente inadequação, insuficiência ou abusividade. Todavia, como estabelece a lei, pode agir sim quando isso for constatado; não para efeito de alterar cláusula alguma ou ‘tomar as rédeas’ da negociação, mas sim para recusar homologação à proposta – exatamente como consta no § 7º do art. 28-A do CPP.

Nos termos da lei, a análise do ANPP, pelo juiz, pode se dar em duas frentes ou por razões diferenciadas:

- ✓ em relação às ***condições dispostas*** (adequação, suficiência e abusividade), daí usando o § 5º do art. 28-A, para efeito de devolver os autos ao MP para reformulação da proposta;
- ✓ em relação ao não atendimento dos ***requisitos legais*** (legalidade), pautando-se no § 7º do mesmo artigo, para efeito de recusar a homologação.

Ou seja: tanto é verdade que se admite a avaliação do conteúdo das condições estipuladas no ANPP pelo juiz, que a lei prevê decisão diferente daquela que ele toma quando avalia apenas os requisitos legais; no primeiro caso devolve para o MP (essa é a primeira opção); no segundo caso (quando o erro é objetivo e mais grave) recusa imediatamente o acordo. Claro, isso tem lógica: condições arbitrárias se corrigem (se ‘reformulam’ para usar o termo de lei), mas acordo que a norma proíbe não pode ser feito.

Repare, por outro lado, que o § 8º do art. 28-A deve ser usado para recusa do ANPP por **ilegalidade** (não atendimento dos requisitos legais). Nesse caso, o caminho é o juiz primeiro recusar formalmente o acordo (decidir nesse sentido, até para viabilizar recurso) e, na sequência, devolver os autos ao MP para

complementação das investigações (em caso de elementos informativos de crimes outros não considerados pelo *parquet*) ou para *oferecimento de denúncia* (quando a justa causa já estiver delimitada).

Não concordando com a recusa do juiz, existe meio de impugnação previsto em lei para o Ministério Público (ou mesmo para a defesa, que tem interesse) – o recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, CPP – incluído pela Lei 13.964/2019). E assim as coisas vão tendo coerência e equilíbrio, permitindo-se a revisão da decisão judicial por instância superior.

- **E quando o investigado preenche os requisitos de lei e o MP não propõe o ANPP?**

Há uma saída simples prevista pelo 'Pacote Anticrime':

> § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Resguardando o sistema acusatório e viabilizando que o próprio investigado tutele seus interesses, a lei permite que ele requeira (ao juiz) a remessa dos autos para revisão na instância competente do órgão ministerial, nos termos do art. 28 do CPP.

Ok. Mas é preciso lembrar que em fase pré-processual os investigados normalmente não têm advogado, pelo menos não costumam contratar um (custa caro). Muitas vezes são hipossuficientes e nem têm condições de tutelar seus próprios direitos (que mal conhecem). E daí, **o juiz pode fazer alguma coisa?**

A lei é omissa nesse ponto. Alguns, como é o caso de Rodrigo Cabral, interpretam essa omissão como 'intencional', impossibilitando o juiz de qualquer iniciativa; para o autor o magistrado depende sempre (na estrutura acusatória) de prévia "provocação da defesa para a aplicação do § 14, do art. 28-A do Código de Processo Penal" (Cabral, 2020).

Outros, como Aury Lopes Jr., entendem que estamos diante de um *direito público subjetivo* do investigado (posição que deve ser descartada pela jurisprudência, observada a tendência), que o juiz deve tutelar mediante provocação:

> Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional. (Júnior, 2020)

EUGÊNIO PACELLI reconhece a dificuldade da questão e aponta uma solução alternativa (rejeição da denúncia) que, no nosso ponto de vista, traria tumulto processual e deixaria a 'palavra final' sobre o ANPP para o Judiciário (o que não é adequado), quando do julgamento de eventual recurso interposto:

> Não há, todavia, uma solução clara para a situação em que o juiz entenda ser de fato o caso de se propor acordo de não persecução penal, apesar do órgão superior interno do *parquet* discordar. Pensamos que o melhor a se fazer seria rejeitar a denúncia, então, sob o prisma da ausência de justa causa (necessidade) para a persecução processual penal. Reconhecemos, porém, que o tema não é simples, sobretudo porque a nova legislação concede ao Ministério Público – e não ao juiz das garantias – a responsabilidade de gestão da persecução penal, ainda que sem lhe atribuir poderes discricionários para a respectiva atuação. (Pacelli, 2020)

Nós, particular e sumariamente, entendemos que, mesmo na omissão do investigado, excepcionalmente, **pode SIM o juiz agir**, usando da possibilidade do art. 28 do CPP (seja pela redação antiga, seja pela redação nova), **para submeter a questão à instância revisora do próprio Ministério Público**. Essa foi a opção da jurisprudência, para caso similar (que também não tinha previsão de atuação do juiz), em relação a outro benefício cuja legitimidade de proposta igualmente é do Ministério Público – o *sursis* processual:

Súmula 696/STF - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Ubi eadem ratio ibi idem jus (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito).

A jurisprudência é que certamente definirá a questão. Esse entendimento que defendemos observa a tradição e se alinha aos necessários 'freios e contrapesos' entre poderes e instituições. O Ministério Público tem *discricionaridade/poder* para avaliar (inicialmente e até com preponderância) os requisitos legais de cabimento do ANPP. De sua parte, o Poder Judiciário tem a liberdade e até o *dever* de exercer a função atípica (excepcional e comedida) de 'fiscal' da legalidade na negativa de proposta do acordo, inclusive avaliando os necessários fundamentos erigidos pelo *parquet*.

Observada a natureza pública, de *poder-dever* do ANPP, de instituto de *discricionariedade regrada,* essa compreensão ganha consistência. Não é razoável deixar decisão tão importante como essa (cabimento ou não de ANPP), com sérias consequências, somente entre um promotor de 1º instância e um provável hipossuficiente/leigo jurídico (que são a grande maioria dos investigados), mesmo que na audiência se exija a presença de um advogado (que na maioria das vezes será *ad hoc*). Essa negativa do acordo tem de ganhar uma sindicabilidade maior que a expressamente prevista em lei, ao menos para permitir que o juiz possa levar a questão até a instância revisora do próprio Ministério Público.

Essa opção não violaria o *sistema acusatório*; afinal, a palavra final sobre o cabimento ou não do ANPP continuaria com o Ministério Público, nos termos em que sempre se concebeu a aplicação do art. 28 do CPP.

Em assim acontecendo para os casos de recusa ou não proposta de ANPP – procurando dar sistematicidade às disposições legais (isso não é fácil com relação ao 'Pacote Anticrime'), chegaríamos à seguinte equação:

- ✓ quanto ao **ANPP proposto e suas condições** – última palavra seria do Poder Judiciário; seja pela recusa do juiz acolhida pelo promotor em primeiro grau, seja pela análise do recurso em instâncias superiores da Justiça;
- ✓ quanto ao **ANPP não proposto** – última palavra seria do Ministério Público, mesmo que em instância revisora da própria instituição.

Com isso se respeitaria a *independência funcional*; afinal, o Judiciário não poderia obrigar o MP a agir (segunda opção acima). Por outro lado, caso o MP já tivesse agido (primeira opção), essa atuação não fugiria da *inafastabilidade da prestação jurisdicional* (CF, art. 5º, XXXV).

4.7 - Adimplemento e competência

De acordo com a lei, o início da execução do ANPP, depois de homologado, é atribuição do Ministério Público e o foro funcional competente é o juízo da execução penal (§ 6º, art. 28-A, CPP). Ou seja: a partir do momento que em o juiz homologa o acordo (e determina as diligências e baixas necessárias), devolve o procedimento de investigação (inquérito ou qualquer outro) para o promotor e cessam suas funções na persecução penal.

Lembre-se do disposto no § 9º do art. 28-A do CPP:

> § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

Como a intimação é sobre uma decisão, em ato solene que conta com a participação do juiz, a incumbência sobre essa intimação, em princípio, recai sobre a vara/juízo e não sobre o Ministério Público.

A Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada em março de 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 20, vai em sentido contrário: *O membro oficiante determinará a intimação da vítima sobre a homologação do acordo de não persecução penal, bem como de seu descumprimento, preferencialmente por meio eletrônico ou telefone. Quando a vítima for entidade de direito público, a intimação será endereçada a seu órgão de representação judicial*.

Em caso de **cumprimento do ANPP**, a consequência (idêntica na suspensão condicional do processo e na transação), é a extinção da punibilidade:

> § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

Em caso de **descumprimento**, assimilando a atribuição de fiscalização para o *parquet*, estabelece a lei que o MP tem a incumbência/obrigação de comunicar ao juízo (melhor seria requerer a rescisão), para que este possa rescindir o ANPP. Havendo a rescisão, passo seguinte, caberia o oferecimento da denúncia.

> § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, **o Ministério Público deverá comunicar ao juízo**, para fins de sua **rescisão** e posterior oferecimento de **denúncia**.

“Não estamos diante de um simples comunicado, mas de verdadeiro requerimento ministerial para que o juiz julgue rescindida a avença. A decisão judicial, inclusive, tem natureza constitutiva negativa (e não meramente declaratória)” e deve ser submetida a contraditório e ampla defesa perante o investigado. Apenas o descumprimento injustificado é que deverá gerar a rescisão (Cunha, 2020).

Diante das últimas disposições pode surgir a seguinte dúvida: **qual juízo é o competente para extinguir a punibilidade ou, de outra sorte, rescindir o ANPP?**

ROGÉRIO SANCHES CUNHA, embora critique a escolha legal, reconhece que o “juízo competente, na linha da opção do legislador na Lei 13.964/19, é o da execução penal”, inclusive dizendo cabível agravo em execução para os casos em que o juiz indefere o pedido de rescisão do ANPP (Cunha, 2020).

RENATO BRASILEIRO DE LIMA sustenta que embora a execução seja feita perante o juízo da execução penal, “a rescisão do acordo é da competência do juízo competente para a homologação” (Lima, 2020). Nesse sentido o Enunciado 28 do CNPG/GNCCRIM: *Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal*.

Tema controvertido! Vamos lá...

A maioria dos manuais não toca na questão. RODRIGO CABRAL, em obra dedicada ao tema, consigna:

> [...] o legislador optou por tomar uma decisão muito mais pragmática, no sentido de aproveitar as estruturas das Varas de Execuções Penais, como forma de concretizar de modo mais célere a fiscalização sobre o cumprimento do acordo. O legislador, pelo jeito, não se preocupou muito com a nomenclatura da Vara, o que, de certa maneira, também faz sentido.
> Sobre o tema da competência, ademais, é importante frisar que nas comarcas ou seções judiciárias em que há uma divisão funcional da execução penal, a competência será sempre do juiz que ordinariamente fiscaliza o cumprimento de penas [...] por razões de lógica, estrutura e expertise [...]. (Cabral, 2020)

Referido autor vai mais longe para esclarecer que a execução do ANPP na VEP deve tomar como parâmetro disposições da Lei de Execução Penal (LEP) sobre prestação de serviços (arts. 149 e 150) e interdição temporária de direitos (arts. 154 e 155), quando for o caso.

Sustenta que a extinção da punibilidade (em caso de cumprimento) ou mesmo a rescisão do ANPP (em caso de descumprimento) devem ser postuladas perante **o juízo da execução**, esclarecendo que, logo em seguida, deverá o agente do Ministério Público requerer a devolução dos autos (quando tiverem sido encaminhados) “à Vara de Origem para posterior oferecimento de denúncia”. Afirma que o recurso cabível para as decisões do juiz que extinguem a punibilidade ou rescindem o acordo, no silêncio do CPP, é o agravo em execução, previsto no art. 197 da LEP (Cabral, 2020).

Concordamos com os percucientes apontamentos. Acrescentamos.

O mesmo juízo que promove a execução do ANPP, evidentemente, tem *competência funcional* para avaliar sobre o completo cumprimento das condições, declarando a extinção da punibilidade, ou o descumprimento e possíveis escusas do investigado, decretando, se for o caso, a rescisão do acordo. Não faria sentido pensar diferente e querer sustentar que uma Vara cuida e fiscaliza a execução, mas daí, se for para reconhecer o cumprimento ou o descumprimento das condições (ou mesmo avaliar justificativas do investigado), é outro juízo que deve atuar.

Nesse sentido, a Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada em março de 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 21: *Após o cumprimento das condições acordadas, e sua certificação nos autos pelo serventuário da justiça, o membro oficiante requererá a extinção da punibilidade perante o juízo de execução*.

Suponha que o investigado descumpra alguma condição, mas apresente uma justificativa. Ao pensar diferente, deveríamos sustentar que os autos retornariam ao juiz que homologou o ANPP para análise do caso. Suponha (e isso é muito comum) que este juízo acolha as justificativas, deveria determinar a volta do procedimento para o juízo da execução para continuidade do cumprimento... Não tem lógica e praticidade isso! O procedimento (sim, é um procedimento, com regras aplicáveis, com autos próprios) ficaria indo e voltando de uma Vara para outra, conforme os incidentes executivos.

Lembre-se que o juízo da execução penal que indica o local de cumprimento dos serviços à comunidade (inc. III do art. 28-A); é também o juízo da execução que define a entidade pública ou de interesse social destinatária da prestação pecuniária (inc. IV do art. 28-A), tudo isso, claro, realizando convênios e protocolos de controle e fiscalização. Como se atribuir a outro juízo a avaliação do cumprimento das condições, magistrado que pode não ter acesso ou conhecimento sobre essa necessária burocracia?

Quem pode o mais – executar – *pode o menos*: avaliar o cumprimento das condições; e, como mera consequência legal, declarar a extinção da punibilidade ou rescindir o ANPP. Sem idas e vindas, com racionalidade e economia de tempo e dinheiro para todos os envolvidos. Buscando a *eficiência* na Jurisdição, nos termos do art. 37 da Constituição Federal.

Lembre-se que não se descarta a 'novação' no ANPP, como por exemplo, extensão do período para cumprimento integral das condições diante de justificativa do investigado.

> A novação no ANPP parece possível. Trata-se de operação jurídica típica do Direito das obrigações, criando uma nova obrigação, substituindo e extinguindo a obrigação anterior e originária. A novação pode evitar a rescisão. Por óbvio, sua eficácia dependerá de homologação judicial, nos termos dos §§ 4º e ss. (Cunha, 2020)

Enfim, a execução do ANPP pode ter muitas intercorrências e não se justifica que, em cada uma delas, os autos fiquem 'perambulando' de um juízo para outro.

Uma última informação: a **detração** deve ser outra questão controvertida. Dúvida: é possível ou não descontar da pena (em caso de descumprimento e posterior condenação) eventual período de cumprimento do ANPP. Jurisprudência deverá definir. Por ora, achamos mais coerente a posição defendida por ROGÉRIO CUNHA que, reafirmando que as condições não são impostas, mas sim pactuadas (não são sanções), não há

se falar em detração. "A perda do referido tempo é, pois, consequência natural do descumprimento, ônus da desídia e deslealdade do investigado" (Cunha, 2020).

5 - QUESTÕES INCIDENTES

A Lei 13.964/2019 também promoveu algumas alterações pontuais no procedimento de restituição de coisas apreendidas e em alguns aspectos atinentes às medidas assecuratórias, senão vejamos.

5.1 - Destinação das coisas apreendidas não restituídas

De acordo com a redação antiga do art. 122 do Código de Processo Penal, decorridos noventa (90) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, *o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas* (art. 91, II, 'a' e 'b', do Código Penal) *e ordenará que sejam vendidas em leilão público.* O saldo, que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé, *será recolhido ao Tesouro Nacional* (art. 122, parágrafo único do Código de Processo Penal).

O 'Pacote Anticrime' alterou o art. 122, revogando o seu parágrafo único. Agora está assim no CPP:

> Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do disposto no art. 133 deste Código.
>
> Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Agora, portanto, não há mais necessidade de se aguardar 90 dias. Na medida em que transite em julgado a sentença condenatória, já é possível, na sequência, a alienação/destinação das coisas sujeitas a perda ou confisco.

Para as coisas não sujeitas à perda, incide o art. 123 do CPP, nos seguintes termos:

> Art. 123. Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, se dentro no **prazo de 90 dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença final**, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao réu, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes.

Resumidamente, então:

- ✓ Coisas apreendidas **sujeitas a perdimento**: não precisa aguardar 90 dias para alienação;
- ✓ Coisas apreendidas **não sujeitas a perdimento**: precisa aguardar 90 dias para alienação.

Esse prazo é contado do trânsito em julgado da sentença final.

Talvez a redação nova para o art. 122 não tenha sido das melhores (o texto parece ser mais abrangente quando fala simplesmente em *coisas apreendidas*), mas esse é o melhor raciocínio para não deixar o art. 123 completamente 'perdido' e sem utilidade no CPP, contextualizando com o art. 133 (a que o 122 faz remissão expressa), este sim referindo a bens *cujo perdimento tenha sido decretado*.

Adiante, o art. 124 do mesmo Código orienta:

> Art. 124. Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.

Os bens não sujeitos ao confisco, que não pertençam ao réu e não sejam reivindicados no prazo supramencionado (noventa dias), serão vendidos em leilão e o valor apurado será colocado à disposição do *juízo de ausentes* (art. 123, CPP).

O 'Pacote Anticrime', talvez por reflexos da *Operação Lava Jato* (exitosa na apreensão de objetos de valor artístico), acrescentou a seguinte disposição, abrindo mais possibilidades quanto à destinação de bens dessa natureza:

> Art. 124-A. Na hipótese de decretação de perdimento de **obras de arte** ou de outros **bens de relevante valor cultural ou artístico**, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver **destinação dos bens a museus públicos**. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

5.2 - Medidas assecuratórias

Uma questão ainda controvertida é sobre a possibilidade de o juiz decretar medidas assecuratórias de ofício. Isso porque algumas disposições pontuais ainda dizem isso (ainda estabelecem esse poder de iniciativa para o juiz), a exemplo do art. 127 do CPP. Não obstante, boa parte da doutrina, com a superveniência do 'Pacote Anticrime', passou a sustentar a impossibilidade. O entendimento é baseado, essencialmente, no § 2º do art. 282 do CPP, uma disposição genérica e abrangente que atingiria, por essa maneira de pensar, todas as cautelares:

> § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

É fato que essa disposição está localizada topograficamente na parte do Código que trata de medidas cautelares 'pessoais' e não reais. Também é fato que medidas cautelares reais implicam restrição em relação a bens e direitos de uma envergadura muito menor (não se cuida da liberdade da pessoa); ou seja: haveria razões para o discrímen. Não temos uma definição e teremos de aguardar manifestação dos tribunais sobre essa questão, dizendo, por fim, se prevalece a disposição genérica ou a específica.

5.2.1 Autorização de uso de bens

A exemplo do que já acontece em lei especial (a *Lei de Drogas* já previa isso para crimes relacionados ao tráfico), o 'Pacote Anticrime' abriu a possibilidade de bens apreendidos ou submetidos a qualquer medida assecuratória serem usados por órgãos públicos, em especial os de segurança, com prioridade para aqueles que atuaram no caso que ensejou a constrição.

Essa autorização é precária/provisória e (pelo menos num primeiro momento) não transmite propriedade; é o juiz do caso que autoriza e, evidentemente, o uso do bem é absolutamente vinculado ao desempenho

das atividades do órgão, revelando-se nisso interesse público e, ao mesmo tempo, em muitas situações, uma forma de conservar e evitar a depreciação/deterioração do bem. É notória a dificuldade que o Poder Público tem de guardar e/ou armazenar esses bens, muitos ficando literalmente ao relento.

> A inclusão do art. 133-A ao Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime tem como objetivos precípuos emprestar finalidade social, útil e tempestiva a bens que sofreram algum tipo de constrição patrimonial ou que foram apreendidos, bem como evitar a obsolescência e a ação corrosiva do tempo sobre esses objetos, suprindo, ademais, uma patente deficiência técnica do aparato estatal em administrar os bens que estão sob sua custódia em virtude de determinada medida assecuratória. Além disso, quando o bem em questão tiver como destinatário um órgão de segurança pública, também não se pode negar que a sua utilização provisória poderá resultar em sensível incremento do seu poder de atuação na prevenção e repressão de infrações penais, porquanto geralmente a medida recai sobre equipamentos modernos e de custo bastante elevado (v.g. veículos importados, helicópteros, aeronaves, etc.), que dificilmente seriam adquiridos pelo Estado, haja vista o notório sucateamento do aparato de segurança pública em razão da ausência de investimento governamental adequado. (Lima, 2020)

É medida que pode acontecer a qualquer momento da persecução penal e, como a norma não faz restrição, em relação a bens móveis e imóveis. Vejamos as disposições do Código de Processo Penal que cuidam disso:

> Art. 133-A. O juiz poderá autorizar, constatado o **interesse público**, a utilização de **bem** sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.
>
> § 1º O órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão da infração penal que ensejou a constrição do bem terá **prioridade** na sua utilização.
>
> § 2º Fora das hipóteses anteriores, demonstrado o interesse público, o juiz poderá autorizar o uso do bem pelos **demais órgãos públicos**.
>
> § 3º Se o bem a que se refere o *caput* deste artigo for veículo, embarcação ou aeronave, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao órgão de registro e controle a expedição de **certificado provisório de registro e licenciamento** em favor do órgão público beneficiário, o qual estará isento do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à disponibilização do bem para a sua utilização, que deverão ser cobrados de seu responsável.
>
> § 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória com a decretação de perdimento dos bens, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, o juiz poderá determinar a **transferência definitiva da propriedade** ao órgão público beneficiário ao qual foi custodiado o bem. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Repare que o § 3º prevê a expedição de um 'documento provisório' nos casos de veículo, embarcação e aeronave, do mesmo modo que o juiz pode determinar – desde que haja a condenação final com perdimento – a transferência definitiva da propriedade ao órgão que recebeu o bem em uso.

Repare que o documento provisório (§ 3º), assim como a transferência definitiva (§ 4º), devem ser feitos *em favor do órgão beneficiário* e não de eventual autoridade nominada ou pessoa individualizada – é ato impessoal em prol do interesse público.

BRASILEIRO destaca o dever de conservação do bem e a conveniência da avaliação para prevenir responsabilidades, lembrando que em caso de absolvição o bem será devolvido a quem de direito; lembra também sobre 'princípios' constantes do *Manual de Bens Apreendidos* do CNJ:

> Isso porque, na hipótese de levantamento da medida, se restar evidenciado que os bens utilizados sofreram depreciação superior àquela esperada em razão do decurso do tempo e do uso, o detentor ou proprietário dos bens poderá requerer do ente federado ou da entidade que o utilizou a respectiva indenização.
> Enfim, quando o Estado se utiliza de bens apreendidos, ao menos três princípios devem ser religiosamente observados, a saber: a) princípio da responsabilidade da administração frente aos bens tombados em razão do poder de polícia; b) princípio da afetação instrumental – a título de exemplo, veículos devem ser destinados ao transporte; c) princípio da utilização finalística de seu proveito (usar para combater o tráfico de drogas). (Lima, 2020)

Enfim, desde que observado o interesse público e essencialmente em relação a bens duráveis, é possível o uso provisório de bens constritos; a medida vem ao encontro do aparelhamento do Estado na consecução dos seus fins, principalmente o combate à criminalidade.

6 - JUIZ 'CONTAMINADO'

Antes de qualquer coisa, uma contextualização histórica acerca do tema.

O Presidente da República vetou parcialmente, destacando contrariedade ao interesse público, o *Projeto de Lei 4.205/2001* (nº 37/07 no Senado Federal), que futuramente consolidou a Lei nº 11.690/2008, responsável pela alteração do Código de Processo Penal. No referido Projeto constava um § 4º para o artigo 157 e, justamente ele, foi vetado/excluído pela Presidência. Continha a seguinte redação:

> § 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. [vetado]

Eis as razões do veto, lançadas na *Mensagem nº 350/2008*:

> O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao

obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Assim, hoje, não há impeditivo legal expresso para que o juiz que tomou conhecimento da prova ilícita julgue o caso; não é preciso que se afaste, não é legalmente suspeito ou impedido. Parte da doutrina critica o veto e o não afastamento. Vejamos:

Questão muito importante refere-se à figura do **juiz contaminado**. Neste caso o juiz que toma conhecimento da prova ilícita deverá ser afastado do processo, não podendo nele proferir decisão. Esta medida mostra-se de suma importância, na medida em que o juiz que toma conhecimento da prova ilícita não poderá utilizar este conhecimento para o julgamento da causa. Os que são contra esta ideia fundamentam sua posição nos seguintes argumentos: (a) o juiz não poderá utilizar a prova ilícita em sua fundamentação; (b) não há previsão legal para esta medida; (c) necessidade de aumento do número de juízes para que a medida se efetive; (d) possibilidade de as partes forçarem a saída do juiz introduzindo no processo prova ilícita. A primeira argumentação deve ser rejeitada com a simples ideia do que é humano. O ser humano não consegue ignorar determinados fatos que integram seu conhecimento. É claro que o juiz não poderá usar a condenação baseado em prova ilícita. No entanto, isto não impede o juiz de fundamentar sua condenação baseado em outros elementos. No filme *Brilho eterno de uma mente sem lembrança* as pessoas podem pagar para apagar suas memórias ruins. Porém, a vida não é assim. Um juiz, por mais técnico e correto que seja, não consegue evitar de levar este conhecimento quando do julgamento. Não é possível que se exija do magistrado o que ele não pode dar, ou seja, isenção. Não se imagina como seja possível ao magistrado retirar de sua mente o conhecimento da prova ilícita para que julgue de maneira isenta o acusado sem levar esta prova em consideração. Assim, até para a proteção do próprio magistrado, entendemos que não pode julgar o feito o magistrado que tomou contato com a prova ilícita, apesar do veto ao parágrafo quarto. Não podemos nos esquecer que estas cominações existem justamente para que o indivíduo não precise depender de boas qualidades pessoais do julgador que, embora desejáveis, não devem ser levadas em conta quando da discussão técnica do tema. Quanto ao segundo tema (ausência de previsão legal), é de se ver que o § 4.º do art. 157 foi vetado. No entanto, entendemos que a imparcialidade objetiva justifica a adoção desta figura. Ao juiz não basta ser subjetivamente imparcial, deve ele demonstrar a ausência de motivos que afetem a sua imparcialidade e, por isso, entendemos que deva ser ele afastado do processo. A terceira medida também não se faz necessária. Não é preciso que se aumente o número de juízes. Já há em todas as comarcar um sistema de rodízio para os casos de suspeição e impedimento e, convenhamos, os casos envolvendo prova ilícita não são, ademais, tão numerosos. Ainda é importante notar que com a implantação do processo digital os juízes de qualquer canto do Estado podem ser designados para atuar em qualquer processo sem necessidade de deslocamento. Por fim, a ideia de que a parte possa forçar a saída do juiz por meio da produção de prova ilícita também não convence. Isto porque o sistema já resolve esta situação nas hipóteses envolvendo suspeição e impedimento. Neste sentido o art. 144 § 1º, do novo CPC. Comunga desta posição também

> GUSTAVO BADARÓ. No entanto, é forçoso reconhecer que esta posição não é aceita pela jurisprudência que vê rol taxativo nas hipóteses de impedimento e suspeição (Dezem, 2018).

MARINONI & ARENHART se referem à teoria da descontaminação do julgado e sobre ela explicam e refletem:

> Essa teoria nada tem a ver com a contaminação da segunda prova pela primeira, mas sim com a descontaminação do julgado, ou melhor, com a decisão de que uma prova, em que o julgado se baseou, era ilícita, e assim deve ser afastada. Essa decisão tem o efeito de descontaminar o julgado. O problema é saber como realizar tal descontaminação. É certo que se o tribunal, ao reconhecer a ilicitude da prova, deve afastá-la, outro julgamento deverá ser feito pelo juízo de primeiro grau. Mas, se o julgamento voltar a ser feito pelo mesmo juiz que admitiu a prova ilícita, certamente existirá uma grande probabilidade de que o seu convencimento seja por ela influenciado, ainda que inconscientemente. Não se quer dizer, note-se bem, que o juiz que se baseou na prova ilícita irá buscar uma sentença de procedência a qualquer custo, ainda que inexistam outras provas válidas, mas apenas que a valoração dessas outras provas dificilmente se livrará do conhecimento obtido através da prova ilícita. Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e, assim, algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena, ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine – ou previna – qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a sentença anterior. A questão que daí advém é relativa ao *juiz natural*, ou melhor, à forma de definir o juiz que deverá analisar o caso. É preciso frisar o grande perigo de que essa escolha possa ser arbitrária e, portanto, apontar para a necessidade de se minimizar, na medida do possível, a margem de discricionariedade para a definição do "novo juiz". Em princípio, esse "novo juiz" deve ser alguém já competente para substituir o juiz afastado (Marinoni, et al., 2015).

Impressionante a insistência do Congresso Nacional com relação a essa disposição. Por que dizemos isso? Porquanto mais uma vez, agora com alterações no 'Pacote Anticrime' (Lei 13.964/2019), quis implementar dispositivo idêntico, acrescentando o § 5º ao art. 157 do CPP:

> § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Dessa vez a tentativa esbarrou, até agora, em decisão do Ministro LUIZ FUX, de 22/1/2020, que concedeu medida cautelar requerida nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendeu, *sine die*, a eficácia (*ad referendum* do Plenário) desse parágrafo. Então, atualmente, e enquanto essa decisão sumária do STF não for revista, a referida disposição não tem aplicação.

Na fundamentação, aproveitada de decisão anterior do Ministro DIAS TOFFOLI, foram trazidas as seguintes razões:

> De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa "conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível"? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor

> sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse "conhecimento"? O juiz, após "conhecer" do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do princípio da legalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, consequentemente, segurança jurídica. Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade. [...]
>
> O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão. Com efeito, Gustavo Badaró anota que existe o direito ao juiz certo, determinado segundo os critérios legais de competência, "que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo". (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157). [...]
>
> Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de suspensão do § 5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019.

Teremos de aguardar a deliberação do Plenário do STF para saber, com certeza, se a nova tentativa do Congresso vai 'colar' ou não.

7 - CADEIA DE CUSTÓDIA

Ao se falar em 'cadeia de custódia', relacione a locução a um **conjunto de atos, sucessivos e entrelaçados, tendentes a manter, do início ao fim, a integridade das evidências materiais do crime**. Ou, nas palavras de Norberto Avena, é o "caminho percorrido pela prova desde o conhecimento da prática de uma infração pelas autoridades encarregadas da persecução criminal até o momento em que, constatada a ocorrência de vestígios e realizados os exames necessários, for produzido o laudo pericial e descartado o material que serviu de base para a perícia" (Avena, 2020).

BRASILEIRO fala sobre o tema. Segundo ele a cadeia de custódia de provas consiste, em linhas gerais, "em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois,

como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória".

Agora, o 'Pacote Anticrime' conceituou e disciplinou, detalhadamente, a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. O conceito está no *caput* do art. 158-A do CPP, introduzido pela Lei 13.964/2019:

> Art. 158-A. Considera-se **cadeia de custódia** o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

NOVIDADE!

Como pontua MADEIRA, a "cadeia de custódia cuida, essencialmente, da identificação da cronologia das evidências, ou seja, da identificação de quem manuseou a prova e quando. Assim, fica minimizada a possibilidade de manipulação indevida da prova" (Dezem, 2018).

É a sistematização de procedimentos, o detalhamento e a regulação de diligências que objetivam a preservação do conteúdo da prova técnica, sua autenticidade, seu rastreamento (do começo ao fim), evitando-se interferências e contaminações, documentando-se e registrando-se, cronologicamente, a coleta, o transporte, o processamento, o armazenamento, dentre outros, dos vestígios.

Aliás, o CPP passou a conceituar esse elemento:

> § 3º **Vestígio** é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

A inovação busca "o aprimoramento dos procedimentos de preservação das evidências atreladas a um delito, fortalecendo a natureza científica e técnica do sistema probatório" (Cunha, 2020).

Podemos compreender a cadeia de custódia como uma espécie de proteção às evidências do crime; como um rastreamento e registro cronológico de todo o caminho percorrido pelo vestígio para efeito de constituir prova técnica no processo penal.

> Imagine-se, por exemplo, que tenha sido acostado, no âmbito de um processo criminal por crime homicídio, laudo pericial de exame em arma de fogo apreendida no local do fato, instrumento este supostamente pertencente ao réu e apontado no laudo como aquele de onde partiu o projétil que atingiu a vítima e causou-lhe a morte. Ora, a confiabilidade desta prova pericial está condicionada a que seja possível ao juiz e às partes, diante dos elementos acostados ao processo, a identificação – leia-se: o rastreamento – de cada das fases que antecederam a produção do laudo, verificando, por exemplo, se a cena do crime onde apreendido o revólver citado havia sido preservada pela autoridade policial, como ocorreu a apreensão, quais as providências adotadas desde então até o recebimento daquela arma no setor competente e quem foram os responsáveis pela sua manipulação até a elaboração do laudo. E esta sequência de atos e fatos é, pois o que se denomina de cadeia de custódia. Se, porventura, devido a irregularidades cometidas nesse trajeto da prova, não for possível apurar a legitimidade das fases que o compõem, ter-se-á hipótese de quebra da cadeia de custódia, com implicações na validade dos elementos de convicção produzidos e materializados no laudo pericial. (Avena, 2020)

> A título de exemplo, se imaginarmos que alguém foi flagrado vendendo determinado entorpecente, incumbe às autoridades responsáveis pela persecução penal comprovar que, desde o momento inicial em que a droga veio para a custódia dos órgãos persecutórios, não houve a perda da evidência, nenhum tipo de adulteração, nem tampouco qualquer forma de contaminação, seja por outros elementos, seja pelo próprio recipiente no qual a substância foi armazenada. Daí por que a droga é embalada, etiquetada, lacrada, documentando-se todos os procedimentos dessa custódia ao longo da persecução penal. Aplicável a todo e qualquer elemento probatório (v.g., drogas, res furtiva, mídias digitais, etc.), a cadeia de custódia tem início no exato momento em que a evidência é apreendida e se encerra tão somente com o fim do processo penal. Visa assegurar a idoneidade dos objetos e bens apreendidos, de modo a evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o subsequente processo criminal. Em outras palavras, se a acusação pretende apresentar evidências físicas em juízo (v.g., arma do crime), deve estar disposta a mostrar que o objeto apresentado é o mesmo que foi apreendido na data dos fatos. (Lima, 2021)

A prova técnica, ninguém questiona, tem singular importância dentro do processo penal. Embora nosso sistema seja de livre apreciação da prova (não existem valores predeterminados pela lei), não se nega a credibilidade que a ela se confere, com constatações objetivas e fidedignas trazidas pela análise dos vestígios. Não só isso, a importância é reforçada pelo fato de que essas provas, ordinariamente, são produzidas de modo antecipado e não repetíveis na instrução criminal – a ponto de o CPP dispensar a sua reprodução em fase de processo. Nesse sentido, veja a redação do art. 155 do CPP:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**.

Por essa forma de pensar, a prova pericial assume, na grande maioria dos casos, “caráter ímpar, senão definitivo, diante da impossibilidade de reprodução em juízo sob o crivo do contraditório. Daí a preocupação dos operadores do direito, no sentido da preservação de todos os vestígios desde a coleta, bem como à padronização dos procedimentos e ao aperfeiçoamento dos atos profissionais vinculados aos órgãos de criminalística” (Cunha, 2020).

Foi muito rigorosa a lei ao tratar do acesso e da remoção dos vestígios, inclusive erigindo a crime algumas condutas:

> Art. 158-C. § 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como **fraude processual** a sua realização.

A fraude processual (que, claro, para se configurar vai exigir o elemento subjetivo do tipo) é prevista no art. 347 do Código Penal, com pena em dobro no processo penal:

> Art. 347 - Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

Importante perceber que **a prova técnica não pode servir somente aos interesses da acusação** como, inclusive, já reconheceu o STJ (em relação à interceptação telefônica).

> [...] XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.
>
> XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.
>
> XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.
>
> XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. (HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014)

Busca-se garantir a **sindicabilidade da prova técnica**; busca-se assegurar a ampla defesa, então, também mediante a possibilidade de rastreamento, desde a reconhecimento até o descarte, de todo o vestígio que serviu de suporte para o exame pericial. É imprescindível a manutenção da sua unidade, autenticidade e registro cronológico, de modo que se avalie a pertinência e a correção das conclusões dos expertos na análise do material.

O cuidado com a preservação da prova técnica não é algo exatamente novo no CPP e algumas disposições deixam isso muito claro:

> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
>
> I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
>
> II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos.

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

O 'Pacote Anticrime' elevou exponencialmente esse cuidado, sistematizou, padronizou e disciplinou (de forma minudente) os procedimentos operacionais em relação à prova técnica. A disciplina legal tomou por base aquilo que já estabelecia a *Portaria nº 82, de 16/07/2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública*, normativo que apontava a cadeia de custódia como *fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial*; conferindo *aos vestígios certificação de origem e destinação e, consequentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório*.

Todo esse cuidado é importante até para que se garanta a **contraprova** ou a **contraperícia**, esta definida na Portaria 82 como *nova perícia realizada em material depositado em local seguro e isento que já teve parte anteriormente examinada, originando prova que está sendo contestada*. Ou seja: um novo exame em relação ao mesmo material (ou parte dele), para confirmar ou infirmar a conclusão técnica outrora obtida.

7.1 - Quebra da cadeia de custódia

Ponderamos que, agora, a cadeia de custódia da prova penal tem uma vasta regulamentação legal. Por vezes muito exigente e detalhada. Percebemos, também, que uma das finalidades disso é a preservação da autenticidade da prova.

Autenticidade consiste na certeza de que o objeto em análise provém das fontes anunciadas e que não foi alvo de mutações ao longo de um processo, assegurando-se a identificação e a segurança da origem da informação (Cunha, 2020).

Ok, mas o que deve ocorrer com a prova caso essa cadeia seja violada? O que deve ocorrer caso essas prescrições todas do CPP não sejam observadas? A prova deverá ser tida como contaminada/ilícita? Poderá ser a prova valorada pelo julgador? Enfim...

Essencialmente temos duas correntes:

1. os que entendem que a quebra da cadeia de custódia, em qualquer medida, implica **ilicitude da prova** (e desentranhamento), inclusive ao largo da boa ou má-fé dos agentes que manusearam os vestígios. O que interessa é se, objetivamente, o procedimento previsto em lei foi adotado ou não, ao largo do elemento subjetivo do agente;

2. o material de prova **não é ilícito**, não houve obtenção ilegal, caso contrário não seria colocado em custódia. A prova permanece lícita, podendo ser questionada sua autenticidade. "Seu valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento da cadeia de custódia. Não pode ser descartada pelo juiz, mas valorada" (Cunha, 2020).

Adepto, mais recentemente, da segunda corrente, assim pondera BRASILEIRO:

> Ao fim e ao cabo, resta analisarmos as consequências decorrentes da quebra da cadeia de custódia. De um lado, há quem entenda que a quebra inviabiliza o efetivo exercício do contraditório pela parte que não tem acesso à prova integral. Sob a ótica da teoria dos frutos da árvore envenenada, os elementos remanescentes serão contaminados, logo, ilícitos, em virtude da lacuna decorrente da supressão de outros elementos que poderiam configurar argumentos persuasivos em sentido contrário à tese deduzida no processo. Houve, portanto, violação ao contraditório, como condição de validade constitucional, daí porque há de se reconhecer a ilicitude da prova remanescente, nos termos do art. 157 do CPP. Em sentido diverso, com a introdução do regramento atinente à cadeia de custódia pela Lei n. 13.964/2019, parte da doutrina prefere afirmar que eventual violação à nova sistemática adotada pelos arts. 158-A a 158-F do CPP poderá acarretar a ilegitimidade da prova, haja vista a violação a regras de direito processual, com a consequente aplicação da teoria das nulidades (nossa posição) (Lima, 2021).

A segunda corrente tem respaldo no fato de que todas as provas têm valor relativo (livre convencimento motivado) e o juiz não está vinculado, em suas decisões, aos exames realizados (que pode mandar repetir por outros peritos), nem à conclusão dos laudos periciais (que pode rejeitar, no todo ou em parte), nos termos do CPP:

> Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo.
>
> Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.
>
> Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Interessa observar, para a análise sobre a validade da prova e seu grau de autenticidade, o nível de (in)observância das regras da cadeia de custódia. Tudo bem, sabemos que "todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito" na lei (art. 158-C, § 1º, CPP), mas não parece proporcional ou razoável, por exemplo, compreender como totalmente ilícita e proceder ao desentranhamento de uma prova somente porque o seu vestígio (após o exame regularmente feito) foi descartado fora dos padrões previstos; ou, ainda, porque não se anotou a matrícula do responsável por rompimento de um lacre, embora se tenha todos os outros dados dessa pessoa (art. 158-D, § 4º, CPP).

Claro, quando a quebra da cadeia de custódia impedir, por completo, a rastreabilidade ou a contraprova, ou implicar sérias dúvidas quanto à autenticidade, parece inevitável concluir pela imprestabilidade da prova. Essa segunda corrente é consentânea em relação ao entendimento dos tribunais no sentido de que mesmo

nas nulidades absolutas o prejuízo tem de ser demonstrado (não é presumido). Essa, sem dúvida, é mais uma questão que a nossa jurisprudência terá de definir.

7.2 - Etapas e procedimentos

Como já pontuado, passamos a ter uma vasta disciplina para a cadeia de custódia trazida pela Lei 13.964/2019, mediante acréscimos no CPP.

O início da cadeia de custódia ocorre já com a descoberta do fato, com a preservação do local do crime e percepção sobre a possível existência de vestígios; portanto, numa etapa muito inicial, muitas vezes antes da própria persecução penal.

> § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

Compreende uma série de etapas que, nos ditames da *Portaria 82/SNSP-MJ*, se distribuem em fases externa e interna.

> 2.2. A **fase externa** compreende todos os passos entre a preservação do local de crime ou apreensões dos elementos de prova e a chegada do vestígio ao órgão pericial encarregado de processá-lo, compreendendo, portanto: a) preservação do local de crime; b) busca do vestígio; c) reconhecimento do vestígio; d) fixação do vestígio; e) coleta do vestígio; f) acondicionamento do vestígio; g) transporte do vestígio; h) recebimento do vestígio.
>
> 2.3. A **fase interna** compreende todas as etapas entre a entrada do vestígio no órgão pericial até sua devolução juntamente com o laudo pericial, ao órgão requisitante da perícia, compreendendo, portanto: a) recepção e conferência do vestígio; b) classificação, guarda e/ou distribuição do vestígio; c) análise pericial propriamente dita; d) guarda e devolução do vestígio de prova; e) guarda de vestígios para contraperícia; f) registro da cadeia de custódia.

Fácil perceber que isso tem relação com o que acontece dentro ou fora do órgão oficial. Na fase externa, inclusive, a lei estabelece responsabilidade de preservação para qualquer agente público que se deparar com um elemento de potencial interesse para prova. O policial, por exemplo, quando diligencia na cena do crime.

> § 2º O agente público[28] que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

---

[28] A Portaria 82/SNSP-MJ, define, no glossário - "Agente Público: todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública".

O legislador, neste parágrafo, enfatiza a importância do momento inicial de reconhecimento da evidência probatória e o comprometimento do agente público com a sua tutela, impondo um discernimento responsável quando da identificação da prova apta a integrar a cadeia de custódia. O policial militar que é acionado para o atendimento de uma ocorrência de feminicídio, por exemplo, reconhecendo ser aquele o local da ação criminosa, deverá imediatamente adotar todas as medidas para isolar e preservar a área sensível, até que seja devidamente periciada e liberada pelos técnicos (Cunha, 2020).

O CPP passou a prever, inclusive com as definições, todas as etapas para rastreamento dos vestígios:

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

São dez (10) etapas, todas bem definidas e delimitadas, demonstrando uma preocupação do legislador com o rastreamento registrado e formal de todo o caminho percorrido pelo material. Não obstante, ainda prevê a lei que o órgão central de perícia fique responsável por *detalhar* a forma de cumprimento de todas essas etapas.

Dois apontamentos:

- ✓ a coleta dos vestígios deve ser feita preferencialmente por perito oficial, mas não exclusivamente; isso viabiliza que, na falta do experto, um policial, por exemplo, possa recolher o material (tomando, claro, as cautelas necessárias);
- ✓ é proibida a entrada de pessoas em locais isolados, assim como a remoção de vestígios.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.

A lei ainda exige que todos os Institutos de Criminalística tenham uma **central de custódia**, onde deverão permanecer guardados e controlados todos os vestígios, além de detalhar o procedimento e os recipientes de guarda. Eis as disposições, autoexplicativas:

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Finalmente, a Portaria 82/SNSP-MJ, além de consignar que *a busca por vestígios em local de crime se dará em toda área imediata, mediata e relacionada*, define:

- ✓ **Área Imediata**: área onde ocorreu o evento alvo da investigação. É a área em que se presume encontrar a maior concentração de vestígios relacionados ao fato.
- ✓ **Área Mediata**: compreende as adjacências do local do crime. A área intermediária entre o local onde ocorreu o fato e o grande ambiente exterior que pode conter vestígios relacionados ao fato sob investigação. Entre o local imediato e o mediato existe uma continuidade geográfica.
- ✓ **Área Relacionada**: é todo e qualquer lugar sem ligação geográfica direta com o local do crime e que possa conter algum vestígio ou informação que propicie ser relacionado ou venha a auxiliar no contexto do exame pericial.

8 - MEDIDAS CAUTELARES E PRISÃO PREVENTIVA

8.1 - Medidas cautelares – generalidades

Em primeiro lugar, confiram-se os dispositivos pertinentes ao tema:

> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
>
> I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
>
> II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
>
> § 1 As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.
>
> § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Antes das alterações do 'Pacote Anticrime', em fase de processo o juiz podia decretar medida cautelar de ofício. A proibição para agir de ofício, em fase de investigação, já existia. Agora, por decorrência da Lei 13.964/2019, **o juiz não pode mais decretar medida cautelar 'de ofício' em qualquer momento da persecução penal**. Dependerá o magistrado, sempre, de provocação. Não pode mais tomar a iniciativa nesse sentido.

As razões da alteração, 'pra variar', resumem-se ao fortalecimento do sistema acusatório, procurando evitar que o juiz tenha sua imparcialidade corrompida diante de medidas por ele próprio intentadas. A separação de atribuições tem sido, nos últimos anos, uma grande preocupação do legislador, muito influenciado pelas doutrinas mais garantistas.

Essa proibição pode causar uma certa incongruência no sistema. Repare. Quem preside o processo é o juiz; ele é o responsável pelo desfecho da ação (impulso oficial) e pela regularidade dos atos processuais; ele que tem o poder de polícia nas audiências e quando da realização dos atos processuais; todavia, paradoxalmente, não pode, por si, determinar medidas cautelares tendentes a fazer cumprir essas atribuições todas!

Exemplo: suponha que o juiz constate, num processo, que o réu está procurando e constrangendo testemunhas, para que elas não compareçam na audiência ou não falem o que sabem. Embora numa situação dessas se faça necessária uma medida cautelar por 'necessidade da instrução criminal' (inc. I do art. 282 do CPP), talvez a proibição de contato (art. 319, III, CPP), o juiz nada poderá fazer ou tutelar sem a iniciativa das partes, sem que seja 'provocado'.

Importante lembrar que dentro do processo penal não temos um verdadeiro 'processo' cautelar, autônomo e de rito regulamentado - não; temos apenas *medidas cautelares*, absolutamente acessórias e instrumentais.

Em relação ao **contraditório** na aplicação das medidas cautelares, como se percebe da nova redação do § 3º do art. 282, passou-se a prever o prazo de **5 dias**[29] para manifestação do réu ou investigado e a exigência de **justificação/fundamentação empírica por parte do juiz, se for o caso de dispensar contraditório prévio** (art. 282, § 3º do CPP).

O 'Pacote Anticrime' também inseriu a seguinte disposição no art. 3º-C do CPP:

> § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, **deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias**.

Todavia, essa disposição está com a eficácia suspensa, *sine die*, por medida cautelar concedida na ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

---

[29] A ideia do contraditório na aplicação das medidas cautelares já existia anteriormente, o que o Pacote Anticrime fez foi estabelecer um prazo para essa manifestação.

Ainda, o juiz deve esclarecer, no caso concreto e com olhos no art. 315 (que traz diretrizes sobre a fundamentação), as razões pelas quais medidas cautelares alternativas não seriam suficientes ante a decretação da prisão preventiva (art. 282, § 6º). Sempre que possível, portanto, antes de decretar uma prisão preventiva deverá o juiz verificar sobre o cabimento/adequação de outra medida cautelar. Em refutando a 'preferibilidade' das medidas cautelares diversas, o juiz deverá deixar claras as razões dessa opção mais drástica (pela prisão). Com olhos, inclusive, nos parâmetros de motivação estabelecidos no art. 316 do CPP

Outrossim, em relação à **revogação** das medidas cautelares, uma observação. Se em outros pontos dessa matéria o 'Pacote Anticrime' vedou a atitude oficiosa do juiz, aqui a Lei 13.964/2019 introduziu a locução *de ofício ou a pedido das partes* (§ 6º); ou seja: para revogar ou 'abrandar' a medida cautelar (substituir por uma menos gravosa), o magistrado não precisa ser provocado por ninguém. Pode 'tomar a iniciativa'.

Podemos tirar a seguinte conclusão das inovações da Lei, no que diz respeito às medidas cautelares: o juiz não poderá agir de ofício quando for para 'agravar' a situação do réu ou investigado (decretando, cumulando ou substituindo medidas cautelares); não obstante, poderá agir de ofício quando for para 'abrandar', como acontece quando revoga a medida cautelar ou a substitui por outra menos restritiva (troca, por exemplo, o monitoramento eletrônico pelo comparecimento periódico em juízo).

8.2 - Prisão preventiva

8.2.1 Pressupostos e demais elementos referentes à decisão de decretação da preventiva

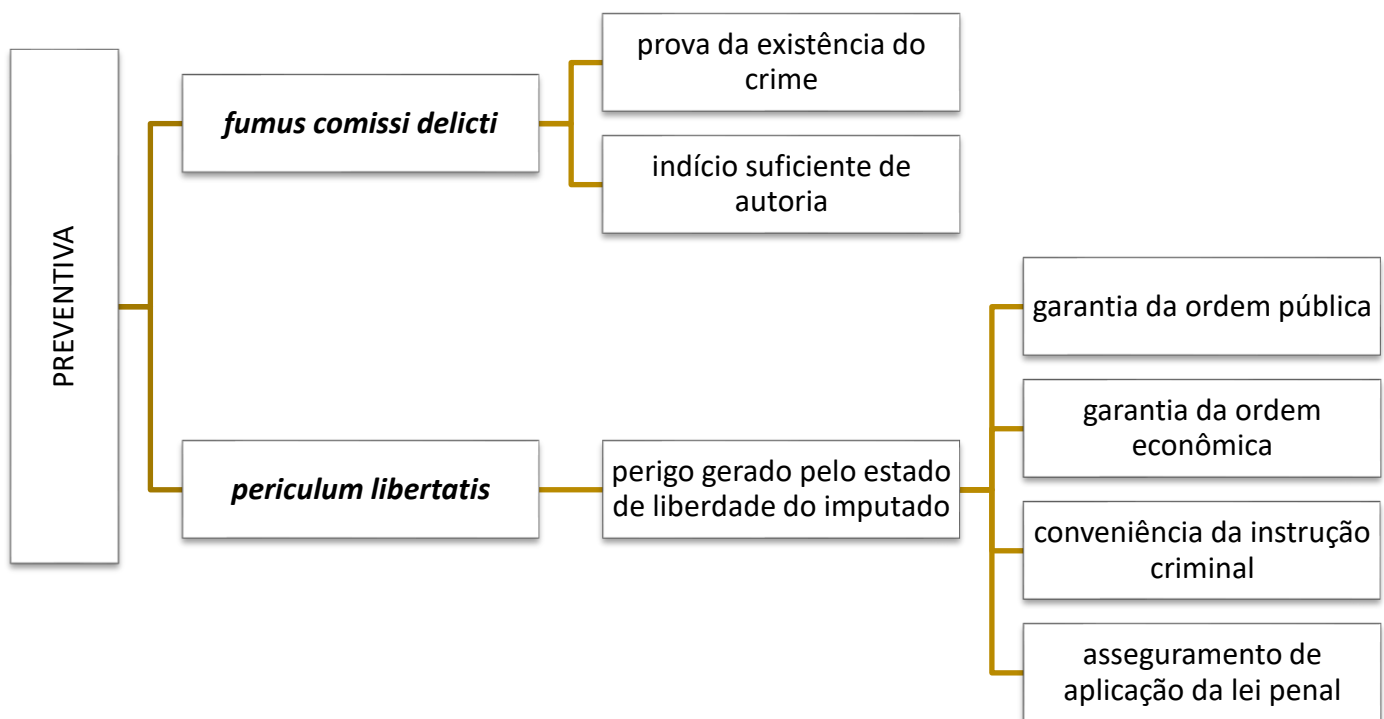
A doutrina mais corrente, identificando os fundamentos da prisão preventiva essencialmente no art. 312 do Código de Processo Penal, divide-os em pressupostos e requisitos. Os pressupostos seriam a *prova da existência do crime* e *indício suficiente de autoria*. Os requisitos, a *garantia da ordem pública*, *da ordem econômica*, a *conveniência da instrução criminal* e o *asseguramento de aplicação da lei penal*. Os pressupostos traduziriam o *fumus comissi delicti* e os requisitos (ao menos um deles deve estar presente para a decretação) representariam o *periculum libertatis* no binômio comum das cautelares em geral.

O 'Pacote Anticrime' alterou um pouco esse panorama, deixando explícito o *periculum libertatis*. Eis a atual redação do art. 312, conferida pela Lei 13.964/2019:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria **e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado**.

Repare que a ideia continua a mesma; ou seja, para decretar a prisão preventiva são necessários dois pressupostos:

- ✓ ***fumus comissi delicti***, traduzido na *prova da existência do crime* e *indício suficiente de autoria*, e,
- ✓ ***periculum libertatis***, traduzido no *perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*.

Esquematizando, teríamos o seguinte, então, a partir do 'Pacote Anticrime', utilizando os termos da lei:

Então, para a prisão preventiva, os 2 pressupostos devem estar presentes (a plausibilidade e o perigo), concomitantemente. **Plausibilidade** que é constatada pela materialidade e autoria (tem a ver com mérito). Por outro lado, o **perigo** (urgência) é constatado pela presença de pelo menos um dos quatro requisitos indicados em lei, que são alternativos, mas no contexto devem indicar o *perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.*

Por este último pressuposto se estabelece que a prisão só deve ser decretada quando realmente imprescindível; quando a liberdade do sujeito representar, em si, um potencial ou concreto *perigo* para a sociedade, objetivamente constatável, por elementos concretos (que devem ser trazidos como parte da fundamentação na decisão).

É como se, para prender, o juiz tivesse de trazer respostas empíricas e convincentes para indagações assim: por que a liberdade do imputado representa *perigo*? Por que ele não pode responder as acusações em liberdade? Por que o estado natural do imputado (liberdade) representa algum risco e qual seria esse risco? As respostas, inclusive, devem fazer parte da fundamentação (sob pena de nulidade), repare o que diz o CPP:

> Art. 312. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser **motivada e fundamentada em receio de perigo** e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ainda, o CPP passou a expressamente prever o que já havia sido consolidado na doutrina e jurisprudência: que é inadmissível a decretação da prisão preventiva como antecipação de pena:

Art. 313. § 2º **Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena** ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Outrossim, a **motivação** da preventiva foi um ponto de grande preocupação do legislador no 'Pacote Anticrime'. Várias disposições foram introduzidas no Código a exigir cuidado particular do juiz nesse sentido. Tome-se como exemplo o art. 315 do CPP que antes só tinha o *caput* e, agora (com a Lei 13.964/2019), passa a ter dois parágrafos e seis incisos.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Houve a preocupação legislativa detalhada, repare, de deixar claras as situações em que uma decisão judicial, seja ela qual for (não só a preventiva), não cumpre com sua essencial condição de validade:

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Essas disposições, repare, são absolutamente as mesmas que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu art. 489, § 1º.[30] Exatamente as mesmas, com uma insignificante correção de redação no inciso I.[31] Acabam por erigir um ônus argumentativo para o juiz, num rol exemplificativo e não exaustivo daquilo que não se considera uma decisão fundamentada.

Vale referir sobre o dever de coerência e integridade (nas decisões) exigível dos tribunais – e por que não dos juízes? – no processo penal. De todo aplicável, em analogia (art. 3º, CPP), o disposto no Código de Processo Civil:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

A exigência de fundamentação, por óbvio, não se restringe à prisão preventiva; ao contrário, se aplica em relação a qualquer medida cautelar (parte inicial do § 1º do art. 315 do CPP). E não para por aí. A lei passou a exigir fundamentação com relação à atualidade ou contemporaneidade dos fatos que traduzem o perigo na liberdade. O fez, inclusive, de forma repetitiva:

> Art. 312. § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser **motivada e fundamentada** em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.
>
> Art. 315. § 1º Na **motivação** da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Fundamentação, então, tem de ser concreta ou empírica. Não bastam remissões abstratas aos termos de lei; não são suficientes fórmulas, frases ou parágrafos genéricos que a todos os casos serviriam. O encaixe argumentativo do juiz deve ser 'artesanal', individual e 'customizado' (não às suas preferências, claro, mas sim às circunstâncias), sendo de todo descabido uma espécie de 'produção em série'.

A propósito, houve inclusive o acréscimo de uma nova hipótese de **nulidade** processual referente à (carência de) fundamentação das decisões:

> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
>
> V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

---

[30] Por isso que a doutrina e a jurisprudência consolidadas no tema, na área do processo civil, podem ser integralmente aproveitadas no âmbito do processo penal.

[31] Ao invés de colocar "se limitar", como está no Código de Processo Civil, fez constar "limitar-se".

Também houve uma superficial alteração no art. 316 do Código de Processo Penal, relacionado à **provisoriedade** da prisão preventiva:

> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

A redação desse dispositivo basicamente é a mesma desde o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Desde a concepção, portanto, o Código de Processo Penal estabelece a *cláusula da mutabilidade* para as prisões preventivas:

> ~~Art. 316~~. O juiz, ~~salvo o caso do artigo 312~~, poderá revogar a prisão preventiva, se, no curso do processo, verificar a falta de motivos para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Ademais, o 'Pacote Anticrime' (Lei 13.964/2019) também introduziu o parágrafo único ao art. 316 do CPP:

> Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Então, embora a preventiva continue sem um prazo certo ou máximo de duração, agora existe a necessidade de reavaliação periódica da medida, sob pena de torná-la ilegal. Isso deve acontecer a cada **90 dias** e, repare, segundo a lei pelo *órgão emissor da decisão*; ou seja, pelo juiz ou tribunal que decretou a prisão.

A disposição vai revelar algumas dificuldades práticas. Quando o processo estiver em grau recursal, o acompanhamento pelo juiz de primeiro grau (se foi ele quem decretou a prisão) fica bastante dificultado e, pior, pode gerar decisões antagônicas.

8.2.2 Conversão da prisão em flagrante em preventiva

Veja o que estabelece o Código de Processo Penal com as redações determinadas pela Leis nº 12.403/2011 e 13.964/2019:

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, **o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado**, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
>
> I - relaxar a prisão ilegal; ou
>
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

> III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Embora já tivesse sido adotada a audiência de custódia no momento procedimental previsto no art. 310 em razão da Resolução 213/2015 do CNJ, a nova redação do dispositivo passou a expressamente contemplar o ato na legislação processual penal. A lei não deu margem para que o juiz postergue a avaliação do auto de prisão em flagrante, mesmo que seja com uma breve vista ao Ministério Público. Portanto, são três as hipóteses de atuação: relaxamento, liberdade provisória ou preventiva, opções que, de regra, devem ser tomadas na audiência de custódia.

Outrossim, chama atenção, mais recentemente, com o 'Pacote Anticrime' (Lei 13.964/2019), o acréscimo do § 2º ao art. 310 do CPP:

> § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, **deverá denegar a liberdade provisória**, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Pontuam FILHO *et al.* sobre o dispositivo:

> O § 2º veda a concessão de liberdade provisória ao agente reincidente ou que integre organização criminosa armada ou milícia ao dizer que o juiz "deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares". Trata-se de dispositivo que, como outros já julgados inconstitucionais pelo STF, se imiscui no poder geral de cautela do magistrado. O legislador cuida de situações gerais, mas, no caso concreto, não se pode subtrair do juiz a faculdade de avaliar a pertinência da manutenção da prisão, mesmo porque, imaginando um flagrante de organização criminosa armada, que abranja várias pessoas, algumas podem ter escassa participação e, por isso mesmo, merecer um tratamento diferenciado. Por outro lado, da mesma maneira que a primariedade e os bons antecedentes não afastam a prisão preventiva quando esta se mostra necessária, a condição de reincidente, pelas mesmas razões, não a torna obrigatória. Dito de outra maneira, é a demonstração da necessidade da prisão preventiva que ditará a legitimidade da sua imposição e não a primariedade ou a reincidência. Seja como for, em 2000, pela via mandamental, o STF decidiu ser impossível presumir-se a culpabilidade do réu qualquer que tenha sido a natureza da imputação penal e concedeu liberdade provisória em caso de crime hediondo, em claro contraste com o dispositivo da Lei n. 8.072/90, art. 2º, inc. II, que proibia o juiz, na antiga sistemática do flagrante, conceder liberdade provisória (cf. HCs ns. 80.379, rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/5/2001 e 82.446, rel. Min. Maurício Correa, realçando a abolição da prisão preventiva automática (DJ 12/9/2003). Posteriormente, incidenter tantum, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 4014, III da Lei n. 11.343/2006, que vedava a concessão de liberdade provisória sem o exame da presença dos pressupostos cautelares (HC n. 104.339, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012). Idem ao se julgar a inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826/2003, (HC n. 100.362, rel. Min. Celso de Mello, DJe 7/12/2009). Todos esses dispositivos tinham redação assemelhada ao ora comentado que, no entanto, se limita a dizer que o juiz deverá denegar a liberdade provisória, ao invés de, abertamente, referir a vedação. De qualquer modo, o magistrado, como dito acima, no comentário ao inc. III, poderá simplesmente driblar esse dispositivo não convertendo a prisão em flagrante em preventiva e deixar o investigado, ou mesmo o réu, em liberdade sem referir o instituto da liberdade provisória (Filho, et al., 2020).

Existe grande chance de essa disposição – que veda a liberdade provisória de forma abstrata para determinadas situações – ser declarada inconstitucional. Teremos de aguardar o posicionamento dos tribunais superiores, em especial do STF

Por fim, confiram-se os §§ 3º e 4º do mesmo artigo:

> § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Perceba que o § 4º está com sua eficácia suspensa em razão da decisão liminar concedida pelo Min. Luiz Fux (ADI 6298 MC/DF), ao argumento de que a estipulação desse prazo peremptório feriria a razoabilidade.

9 - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Dispõe o art. 283 do CPP:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Como se sabe, em nov./2019, ao julgar três ADCs (43, 44 e 54), por apertada maioria (6x5), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Todavia, com o advento do 'Pacote Anticrime', introduziu-se uma hipótese excepcional de execução **antecipada** da pena, qual seja: **aquela igual ou superior a 15 anos de reclusão decorrente de sentença proferida no Tribunal do Júri**. Confira-se o art. 492 do CPP:

> Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:
>
> I – no caso de condenação
>
> e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a **15 (quinze) anos de reclusão**, <u>determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão</u>, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Note-se, contudo, que essa execução provisória não é obrigatória, tendo a lei permitido ao magistrado, diante de certas situações, não a determinar:

> § 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> I - não tem propósito meramente protelatório; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.
>
> § 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

10 - RECURSOS

Apenas por completude, vale registar que o 'Pacote Anticrime' promoveu alterações no âmbito dos recursos, embora de maneira sutil.

Em primeiro lugar, como já antes citado, houve a inclusão de uma nova hipótese legal de cabimento do Recurso em Sentido Estrito, referente à decisão que *recusa homologação ao ANPP* – Acordo de Não Persecução Penal:

> Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
>
> XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Também passou a ser expressamente contemplado no CPP, em seu art. 638, a figura do Recurso Especial, dispositivo este que anteriormente apenas dispunha acerca do Recurso Extraordinário; afinal, à época da redação do diploma normativo em comento, sequer havia sido criado o tribunal para o qual aquela espécie recursal é dirigida: o Superior Tribunal de Justiça:

Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE – PROF. VITOR DE LUCA

1 - PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/19)

1.1 - Crimes hediondos

Há **<u>três sistemas</u>** para apontar o crime como hediondo.

SISTEMA LEGAL – De acordo com esse sistema, a missão de catalogar determinado crime como hediondo é exclusiva do legislador. De tal sorte, é crime hediondo aquele definido como tal pela lei. O legislador quando etiqueta determinado delito como hediondo o faz levando em conta a <u>gravidade abstrata do delito</u>. Por esse sistema, o rol dos crimes hediondos é taxativo (*numerus clausus*), não admitindo qualquer ampliação divergente do texto legal. A grande vantagem desse sistema reside exatamente na segurança jurídica, pois apenas e tão somente os crimes expressamente descritos em lei como hediondos podem sofrer os rigores dessa categoria de delitos. A crítica desse sistema, por sua vez, recai sobre a impossibilidade de o magistrado considerar as peculiaridades do caso concreto para rotular um crime como hediondo. Vale dizer, ainda que o agente seja causador de imensa repulsa social com a sua conduta ilícita, se o crime não for catalogado como hediondo em lei, o magistrado não pode considerá-lo como hediondo.

SISTEMA JUDICIAL – A aferição de determinado crime como hediondo é feita pelo magistrado à luz do caso concreto. Assim, ao julgador é conferida o papel de etiquetar determinada conduta criminosa como hedionda, com base na gravidade concreta do comportamento ilícito. Esse sistema sofre severas críticas, porquanto pode causar enorme insegurança jurídica ao alargar em demasia o campo discricionário de atuação do magistrado e, notadamente, por malferir o princípio da taxatividade.

SISTEMA MISTO - Esse sistema mescla os dois sistemas antecedentes. O diploma legal estabelece um rol exemplificativo *(numerus apertus)* dos crimes hediondos, podendo o magistrado reconhecer como hediondo outros delitos não descritos nessa relação apresentada pelo legislador. O legislador estipula alguns crimes hediondos e também fixa um conceito genérico de crime hediondo, cabendo ao magistrado catalogar determinada conduta como hedionda com fundamento nessas premissas conceituais previstas em lei, ou seja, estamos diante de uma hipótese de interpretação analógica (*intra legem*). Esse sistema também não está imune às críticas, sobretudo por não resolver a questão atinente à segurança jurídica ante a ausência de um claro critério objetivo acerca da conceituação de crime hediondo.

E qual foi o critério adotado pela Brasil?

Adotamos o **<u>sistema legal</u>**. A lei federal de nº 8.072/90 foi incumbida de regulamentar o tema, indicando o rol taxativo dos crimes hediondos, mas absteve-se de apresentar um conceito legal do que seria crimes hediondos. Vale dizer, não existe na lei nenhuma definição científica sobre o delito hediondo, mas apenas a indicação dos tipos penais merecedores dos rigores da hediondez. A infração penal não constante no grupo seleto do art. 1º da Lei nº 8072 não será considerada como hedionda, ainda que o magistrado entenda como

extremamente graves as circunstâncias fáticas do caso concreto. Pensamento diverso caracterizaria a indevida analogia *in malan partem* em sede de Direito Penal.

O rol dos crimes hediondos encontra-se no art. 1º da Lei nº 8072/90. O legislador optou por inserir nos incisos do art. 1º os delitos hediondos previstos no Código Penal Comum. Já o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.072/90 cuida dos crimes hediondos descritos na legislação penal extravagante, quais sejam, o genocídio (Lei 2.889/56), a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido (art. 16 da Lei 10.826/03), o comércio ilegal de armas de fogo (art. 17 da Lei nº 10.826/03), tráfico internacional de armas de fogo, acessório ou munição (art. 18 da Lei nº 10.826/03), crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. Esses três últimos crimes foram introduzidos pela Lei nº 13.964/19, com vigência prevista para o dia 23 de janeiro de 2020, ou seja, apenas após essa data esses crimes passam a condição de crime hediondo.

O delito previsto no rol taxativo do art. 1º da Lei nº 8072/90 é hediondo, pouco importando se ele restou **consumado** ou **tentado**. Os rigores da Lei nº 8072/90 têm incidência tanto aos crimes consumados como os tentados do supracitado dispositivo legal.

Desde já, cumpre consignar que a Lei nº 8072/90 sofreu sucessivas alterações pelas seguintes leis: Lei 8930/94, Lei 9695/98, Lei 11464/07, Lei 12015/09, Lei 12978/14, Lei 13142/15, Lei 13.497/17 e Lei 13.964/19. Vamos esmiuçar a importâncias dessas leis para os crimes hediondos e equiparados.

Lei 8.930/94 – inseriu o homicídio simples cometido em atividade típica de grupo de extermínio, o homicídio qualificado e o genocídio no rol dos crimes hediondos. Simultaneamente excluiu desse rol o envenenamento de água potável qualificado pela morte.
Lei 9.695/98 – inseriu o delito de falsificação de medicamentos no rol dos crimes hediondos.
Lei 11.464/07 – disciplinou a progressão de regime aos crimes estampados na lei 8072/90.
Lei 12015/09 – esse diploma legal foi responsável por unificar num mesmo tipo penal os delitos de atentado violento ao pudor e de o estupro, com o *nomen iuris* de estupro. Com isso, o delito de atentado violento ao pudor foi excluído do rol do art. 1º da Lei nº 8072/90. Com a criação da figura típica conhecida como estupro de vulnerável, tal infração penal também passou a fazer parte do rol dos crimes hediondos.
Lei 12.978/14 – catalogou como crime hediondo o delito de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput* e §§ 1º e 2º, do CP)
Lei 13.142/15 – acrescentou no rol dos crimes hediondos os delitos crimes de lesões corporais gravíssimas ou seguidas de morte contra policiais ou integrantes das Forças Armadas ou contra seus familiares em razão dessa condição.
Lei 13.497/17 – inseriu no rol dos crimes hediondos a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito descrito no artigo 16 da Lei nº 10826/03.

Lei 13.964/19 - acrescentou no rol dos crimes hediondos os seguintes delitos: a) roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, §2º, V, do CP); b) roubo circunstanciado pelo emprego de arma (art. 157, §2º-A, I, do CP); c) roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, §2º-B, do CP); d) roubo qualificado pelo resultado lesão grave (art. 157, §3º, 1ª parte, do CP); e) extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte; f) furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, §4º-A, do CP), g) comércio ilegal de arma de fogo (art. 17 do Estatuto do Desarmamento), h) tráfico internacional de armas de fogo, acessório ou munição (art. 18 do Estatuto do Desarmamento), i) crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. Tornou mais rígida a promoção carcerária para os crimes hediondos com o aumento de tempo de cumprimento de pena (art. 112 da LEP). Vedou o benefício da saída temporária aos condenados por crimes hediondos com o resultado morte. Proibiu o livramento condicional aos condenados por crimes hediondos com o resultado morte.

E quais são esses delitos considerados hediondos?

I – **homicídio** (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e **homicídio qualificado** (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII, VIII); (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I-A – l**esão corporal dolosa de natureza gravíssima** (art. 129, § 2º) e **lesão corporal seguida de morte** (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - **roubo**:

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - **extorsão** qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º) (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019);

IV - **extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada** (art. 159, *caput*, e §§ lº, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - **estupro** (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - **estupro de vulnerável** (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - **epidemia com resultado morte** (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - **falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais** (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - **favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável** (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

IX - **furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum** (art. 155, § 4º-A) (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: I - o crime de **genocídio**, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956; II - o crime de **posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido**, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; III - o crime de **comércio ilegal de armas de fogo**, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) IV - o crime de **tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição**, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019); V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado." (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

OBS: Inicialmente, o Presidente da República havia vetado o art. 121, §2º, VIII, do Código Penal (homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido), com a seguinte justificativa: "*A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas.*" Contudo, o Congresso Nacional, com fundamento no artigo 66, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, rejeitou esse veto. De tal forma, é crime hediondo o delito de homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, nos termos do art. 121, § 2º, VIII, do Código Penal."

Roubo

Antes do advento da Lei nº 13.964/19 era considerado como crime hediondo apenas o latrocínio, ou seja, o roubo seguido de morte (art. 157, §3º, *in fine*, do CP). Ocorre latrocínio quando o agente utiliza violência

(física) para cometer o roubo e, dessa violência, surge o resultado qualificador morte da vítima. **Esse resultado qualificador morte pode ser causado tanto a título de dolo como de culpa.**

Pois bem. A referida lei, com vigência a contar da data de 23 de janeiro de 2020, ampliou as hipóteses de crime hediondo para o tipo penal do art. 157 do Código Penal. Com isso, as seguintes hipóteses passam a ser consideradas como crimes hediondos:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA (ART. 157, § 2º, INCISO V, DO CP);
Roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I, do CP) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B, do CP);
Roubo qualificado pelo resultado lesão grave ou morte (art. 157, §3º, do CP)

Arma de fogo é *a arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil (Decreto nº 10.030/2019 – Anexo III do Regulamento de Produtos Controlados)*.

Arma de fogo de uso restrito – as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) não portáveis; b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pré ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáveis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pré ou mil seiscentos e vinte joules (art. 2º, II, do Decreto nº 9.847/19).

Arma de fogo de uso proibido – a) as armas de fogo classificadas de uso proibido em acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; ou b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos (art. 2º, III, do Decreto nº 9.847/19).

Questão: João da Silva praticou o crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito na data de 22 de dezembro de 2019. Tal agente sofrerá os rigores da Lei dos Crimes Hediondos?

A resposta é negativa. No momento do crime tal figura típica não era prevista como hedionda. Por ser uma *novatio legis in pejus*, a lei penal em comento não gozará de eficácia retroativa, porquanto não é mais benéfica ao agente, tudo em conformidade com o art. 5º, XL, da Constituição Federal[32].

Questão: Se o agente emprega ameaça para cometer o delito de roubo e, dessa ameaça, ocorrer a morte da vítima. É latrocínio? É crime hediondo?

---

[32] Art. 5º, XL, da CF: A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

A resposta é negativa. Não é latrocínio e tampouco crime hediondo. Não há latrocínio quando o resultado morte advém de grave ameaça do agente. Motivo: A redação do art. 157, §3º, do CP[33] emprega a expressão "se da violência resulta morte". No caso, se a morte for resultado da grave ameaça exercida pelo agente do delito de roubo estaremos diante de um concurso de crimes (roubo e o delito de homicídio, que poderá ser doloso ou culposo a depender das circunstâncias do caso concreto).

Para que exista latrocínio é necessário que a morte decorra da violência empregada durante (fator temporal) e em razão do roubo (relação causal).

Outra questão: Um assaltante mata o seu comparsa, ainda durante o roubo, para ficar com todos os bens subtraídos. Haverá latrocínio?

A resposta é negativa. Não haverá latrocínio, mas sim um concurso de roubo e homicídio, porquanto o **resultado morte atingiu o próprio sujeito ativo do delito**.

Outra questão: Durante o roubo, o agente desfere tiros contra a vítima com o intuito de matá-la, porém, por erro na pontaria, acerta e mata o seu comparsa. Haverá latrocínio?

A resposta é positiva. O caso é típico exemplo de *aberractio ictus* (erro na execução – art. 73 do CP[34]), em que o agente responde como se tivesse acertado a pessoa realmente visada.

OBS: Não é hediondo *o delito de roubo circunstanciado com o emprego de arma branca* (art. 157, §2º, VII, do CP), bem como o crime de *roubo majorado pela destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum* (art. 157, §2º-A, II, do CP).

Extorsão

Antes do advento da Lei nº 13.964/19 era considerado como crime hediondo apenas a extorsão qualificada pelo resultado morte, na forma do art. 158, §2º, in fine, do Código Penal. Esse resultado qualificador morte pode ser causado tanto a título de dolo como de culpa.

Da mesma forma como ocorreu com o delito de roubo, a referida lei, com vigência a contar da data de 23 de janeiro de 2020, ampliou as hipóteses de crime hediondo para o tipo penal do art. 158 do Código Penal. Com isso, as seguintes hipóteses passam a ser consideradas como crimes hediondos:

---

[33] Art. 157, §3º, do CP: "Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.

[34] Art. 73 do CP: Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução. O agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse, praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no §3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

EXTORSÃO QUALIFICADA PELA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA (ART. 158, § 3º, 1ª PARTE, DO CP);
Extorsão qualificada pela ocorrência do resultado lesão corporal (art. 158, § 3, 2ª parte, do CP);
Extorsão qualificada pela ocorrência do resultado morte (art. 158, §3º, 3ª parte, do CP)

O delito de extorsão está definido no art. 158 do Código Penal e consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Exemplo desse delito: O agente, mediante violência ou grave ameaça, obrigar alguém a fornecer a senha de seu cartão bancário para efetuar saques em caixas eletrônicos.

Questão: É hediondo o delito de extorsão qualificada pela ocorrência do resultado lesão corporal (art.158, §3º, do CP)?

A resposta é positiva. Aplica-se aqui o mesmo raciocínio incidente ao delito de roubo. Todavia, tal delito somente será considerado como hediondo após a vigência da Lei nº 13.964/19, ou seja, o fato sofrerá os rigores da Lei dos Crimes Hediondos se for cometido após a data de 23 de janeiro de 2020, tudo para prestigiar o princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa (art. 5º, XL, da Constituição Federal).

Com a introdução da lei 11.923/09, o artigo 158 ganhou mais um parágrafo (§3º)[35], que cuida exatamente da **extorsão qualificada pela restrição da liberdade**, também conhecida como **sequestro-relâmpago**, em que o agente restringe a liberdade de locomoção da vítima, em regra, levando-a aos terminais bancários a fim de entregar-lhe o cartão bancário com a respectiva senha, de modo a possibilitar-lhe sacar o numerário contido no banco.

Observem que a pena dessa nova figura típica (art. 158, §3º, do CP) determina que seja aplicada a pena do crime de extorsão mediante sequestro. Com isso, a pena será consideravelmente maior do que aquela prevista no art. 159, §2º, pois a pena será de 16 a 24 anos se resultar lesão grave e de 24 a 30 se resultar morte. Exatamente diante desse cenário surgiu na doutrina a polêmica de considerar o art. 158, §3º como crime hediondo. Destacamos três posições sobre o tema:

1ª Posição) Houve desídia do legislador ao não inserir o delito de sequestro-relâmpago (art.158, §3, do CP) no rol dos crimes hediondos. Logo, é impossível considerar tal figura típica como hedionda, sob pena de

[35] Art. 158, §3º, do CP: Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§2º e 3º, respectivamente.

se admitir a indevida analogia *in malam partem*. Esta é a posição dominante na doutrina (Renato Brasileiro de Lima, dentre outros) e na jurisprudência.

2ª posição) O art. 158, § 3º, do CP é delito hediondo, porquanto determina a aplicação das mesmas penas do delito de extorsão mediante sequestro, que é hediondo em todas as suas formas.

3ª posição) Como o delito de sequestro-relâmpago é uma modalidade de extorsão (art. 158 do CP), acrescida da restrição de liberdade, deve ser considerado hediondo quando resultar morte. Já o sequestro-relâmpago que resultar lesão grave não deve ser considerado como hediondo, porquanto a extorsão qualificada pela lesão grave não é hediondo (Posição de Victor Rios Gonçalves).

Pois bem. Essa polêmica doutrinária remanesce apenas para os delitos cometidos antes da vigência da Lei nº 13.964/19, ou seja, 23 de janeiro de 2020. Com a necessidade de ser prevista em lei como crime hediondo por meio da Lei nº 13.964/19, a primeira posição doutrinária destacada acima ganha mais um robusto argumento para o reforço de sua tese.

Questão: Com o advento da Lei nº 13.964/19, o delito de extorsão qualificada descrito no art. 158, §2º, do Código Penal continua hediondo?

Por mais desproporcional que possa parecer, a resposta é negativa, sendo um verdadeiro cochilo do legislador ordinário. No ponto, houve uma *novatio legis in mellius*, com manifesto efeito retroativo (art. 5º, XL, da Constituição Federal). No mesmo sentido, vale destacar a posição do professor Renato Brasileiro de Lima:

> “De fato, ao promover a alteração do inciso III do art. 1º da Lei nº 8.072/90 para incluir a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte, citando entre parênteses o art. 158, §3º, do CP, o legislador, deliberadamente (ou não) – pensamos que foi um erro grosseiro mesmo – excluiu do rol dos crimes hediondos a extorsão qualificada pela morte, tipificada no art. 158, §2º, do Código Penal. Por mais absurdo e proporcional que possa parecer – tome-se como exemplo o fato de o roubo qualificado pelo resultado morte ser hediondo -, a extorsão – e não a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima-, que sempre recebeu igual tratamento dispensado ao roubo, inclusive no tocante à sua gravidade, não é delito hediondo, nem mesmo se qualificado pelo resultado morte. Afinal, ao intérprete não é dado se valer de um pseudo interpretação extensiva de modo a corrigir um erro crasso do legislador, sob pena de evidente violação ao critério legal que norteia a definição dos crimes hediondos no ordenamento jurídico[36].

Furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, §4º-A, do CP)

[36] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Legislação Penal Especial Comentada. Volume único*. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2020, p. 337/338.

Esse crime passou a ser considerado hediondo por meio da Lei 13.964/19, que alterou a lei dos crimes hediondos. A *mens legis* foi justamente dar um tratamento mais rigoroso ao agente que elege como meio de execução para o cometimento de furto o emprego de explosivo ou artefato que cause perigo comum. Essa figura típica descrita no art. 155, §4º-A, do Código Penal visa combater o perigo causado ao meio social com os inúmeros estouros de caixa eletrônico em terminais bancários por esse país afora.

Cuida-se de *novatio legis in pejus*. Logo, essa catalogação como crime hediondo não alcança aos fatos praticados antes da vigência da lei nº 13.964/19, sob pena de malferir o preceito constitucional estabelecido no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Posse ou porte ilegal de arma de uso proibido (art. 16 da Lei nº 10.826/03)

A lei nº 13.497/17 inseriu nova figura delituosa prevista fora do Código Penal no rol dos crimes hediondos, *in casu*, o delito de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito catalogado no art. 16 da Lei 10.826/03. À época da edição da Lei nº 13.497/17, com vigência a contar de 27 de outubro de 2017, o art. 1º, parágrafo único, da Lei dos Crimes Hediondos apresentava a seguinte redação: "Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previstos nos arts. 1º, 2º, 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, *e o posse ou porte ilegal de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.*[37]

Antes do advento do pacote anticrime (Lei nº 13.964/19) *o caput e o §1º do art. 16 do Estatuto do Desarmamento* *alcançava tanto a arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito como a de uso proibido*. Contudo, com o advento da Lei nº 13.964/19, a menção aos artefatos de uso proibido foi transferida para a

[37] A conclusão era de que era crime hediondo tanto a figura delituosa prevista no *caput* do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, assim como a do parágrafo único do referido dispositivo legal. Essa é a posição do professor Renato Brasileiro de Lima: "*Quisesse o legislador conferir natureza hedionda apenas a determinadas condutas delituosas de tal crime, deveria ter feito menção explícita ao caput do art. 16. Se não o fez, não é dado ao intérprete fazê-lo. Enfim, hão de ser consideradas hediondas tanto as condutas do* caput*, quanto aquelas equiparadas do parágrafo único. (*BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Legislação Penal Especial Comentada. Volume único*. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p. 224). É também a posição da 5ª Turma do STJ: HC HC 624.903/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09/12/2020. A 6ª Turma do STJ entende que A Lei nº 13.497/2017 equiparou a hediondo apenas o crime do caput do art. 16 da Lei nº 10.826/2003, não alcançando as condutas equiparadas previstas no seu parágrafo único (HC HC 525.249-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15/12/2020)

figura qualificada estampada no art. 16, §2º, do Estatuto do Desarmamento, com pena de reclusão de 4 a 12 anos[38].

Essa é a atual redação dada ao art. 16 do Estatuto do Desarmamento:

> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de **uso restrito**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:
>
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem: *(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;
>
> II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;
>
> III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
>
> IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;
>
> V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e
>
> VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

---

[38] Art. 16, §2º, da Lei nº 10.826/03: § 2º Se as condutas descritas no **caput** e no § 1º deste artigo envolverem arma de fogo de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Se as condutas descritas no **caput** e no § 1º deste artigo envolverem arma de fogo de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. *(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, *consideram-se também hediondos, tentados ou consumados* o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

Quais são as consequências dessas alterações legislativas promovidas pelas Leis nºs 13.491/17 e 13964/19?

A) Atualmente, é correto dizer que apenas o delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido é hediondo, *embora o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 faça apenas menção genérica ao art. 16 do Estatuto do Desarmamento e não ao art. 16, §2º, do Estatuto do Desarmamento.*
B) O delito de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito *(art. 16, caput e §1º, do Estatuto do Desarmamento)*, descrito como hediondo pela Lei nº 13.497/17, deixou de ser hediondo com a Lei nº 13.964/19, ou seja, o pacote anticrime representou uma *novatio legis in mellius* sobre esse assunto, com eficácia retroativa.
C) O art. 16, §2º, do Estatuto do Desarmamento abrange também acessório e munição de arma de fogo de uso proibido.

Arma de fogo de uso restrito – as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) não portáveis; b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pré ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáveis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pré ou mil seiscentos e vinte joules (art. 2º, II, do Decreto nº 9.847/19). É aquela que apenas pode ser empregada pelas Forças Armadas, por determinadas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, com prévia autorização do Exército Brasileiro, nos termos da legislação específica.

Arma de fogo de uso proibido – a) as armas de fogo classificadas de uso proibido em acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; ou b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos (art. 2º, III, do Decreto nº 9.847/19). É aquela que não pode ser empregada por ninguém em nenhuma situação, ou seja, nem mesmo pelos integrantes das Forças Armadas.

Sobre essa cronologia de leis acerca da hediondez do porte de arma, vale destacar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que bem resolve essa celeuma. Vejamos.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N.º 10.826/2003. CONDUTA PRATICADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.497/2017 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.964/2019. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. NATUREZA HEDIONDA AFASTADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Os Legisladores, ao elaborarem a Lei n. 13.497/2017 - que alterou a Lei de Crimes Hediondos - quiseram conferir tratamento mais gravoso apenas ao crime de posse ou porte de arma de fogo, de acessório ou de munição de uso proibido ou restrito, não abrangendo o crime de posse ou porte de arma de fogo, de acessório ou de munição de uso permitido.

2. Ao pleitear a exclusão do projeto de lei dos crimes de comércio ilegal e de tráfico internacional de armas de fogo, o Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, então Senador Edison Lobão, propôs "que apenas os crimes que envolvam a utilização de armas de fogo de uso restrito, ou seja, aquelas de uso reservado pelos agentes de segurança pública e Forças Armadas, sejam incluídos no rol dos crimes hediondos". O Relator na Câmara dos Deputados, Deputado Lincoln Portela, destacou que "aquele que adquire ou possui, clandestinamente, um fuzil, que pode chegar a custar R$ 50.000, (cinquenta mil reais), o equivalente a uns dez quilos de cocaína, tem perfil diferenciado daquele que, nas mesmas condições, tem arma de comércio permitido".

3. É certo que a Lei n. 13.964/2019 alterou a redação da Lei de Crimes Hediondos, de modo que, atualmente, se considera equiparado a hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003.

4. Embora o crime ora em análise tenha sido praticado antes da vigência da Lei n.º 13.964/2019, cabe destacar que a alteração na redação da Lei de Crimes Hediondos apenas reforça o entendimento ora afirmado, no sentido da natureza não hedionda do porte ou posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.

5. No Relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na Legislação Penal e Processual Penal pelos Projetos de Lei n.º 10.372/2018, n.º 10.373/2018, e n.º 882/2019 - GTPENAL, da Câmara dos Deputados, coordenado pela Deputada Federal Margarete Coelho, foi afirmada a especial gravidade da conduta de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito ou proibido, de modo que se deve "coibir mais severamente os criminosos que adquirem ou "alugam" armamento pesado [...], ampliando consideravelmente o mercado do tráfico de armas". Outrossim, ao alterar a redação do art. 16 da Lei n.º 10.826/2003, com a imposição de penas diferenciadas para o posse ou porte de arma de fogo de uso restrito e de uso proibido, a Lei n. 13.964/2019 atribuiu reprovação criminal diversa a depender da classificação do armamento.

6. Esta Corte Superior, até o momento, afirmava que os Legisladores atribuíram reprovação criminal equivalente às condutas descritas no caput do art. 16 da Lei n.º 10.826/2003 e ao porte ou posse de arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida, equiparando a gravidade da ação e do resultado. Todavia, diante dos fundamentos ora apresentados, tal entendimento deve ser superado (overruling).

7. Corrobora a necessidade de superação a constatação de que, diante de texto legal obscuro - como é o parágrafo único do art. 1.º da Lei de Crimes Hediondos, na parte em que dispõe sobre a hediondez do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo - e de temas com repercussões relevantes, na execução penal, cabe ao Julgador adotar postura redutora de danos, em consonância com o princípio da humanidade.

8. Ordem de habeas corpus concedida para afastar a natureza hedionda do crime de porte ou posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de

identificação raspado, suprimido ou adulterado. (HC 525.249/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Outra questão: Há crimes hediondos fora do Código Penal?

A resposta é positiva. São os delitos de genocídio e de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, comércio ilegal de arma de fogo, tráfico internacional de armas, acessórios ou munição e, ainda, o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90). Cumpre ainda destacar que os delitos de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes não são hediondos, mas sim equiparados a hediondos.

Por derradeiro, é importante lembrar que o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, constava do rol originário dos Crimes Hediondos, porém a lei nº 8.930/94 retirou essa figura delituosa da categoria dos crimes hediondos. Enfim, é correto dizer que atualmente *não é hediondo* o crime do art. 270 *c/c* o art. 285, ambos do CP.

Comércio ilegal de arma de fogo (art. 17 do Estatuto do Desarmamento)

Esse crime passou a ser considerado hediondo por meio da Lei 13.964/19, que alterou a lei dos crimes hediondos.

Trata-se de *novatio legis in pejus*. Logo, essa catalogação como crime hediondo não alcança aos fatos praticados antes da vigência da lei nº 13.964/19, sob pena de malferir o preceito constitucional estabelecido no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (art. 18 do Estatuto do Desarmamento)

Esse crime passou a ser considerado hediondo por meio da Lei 13.964/19, que alterou a lei dos crimes hediondos.

Trata-se de novatio legis in pejus. Logo, essa catalogação como crime hediondo não alcança aos fatos praticados antes da vigência da lei nº 13.964/19, sob pena de malferir o preceito constitucional estabelecido no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado

Esse crime passou a ser considerado hediondo por meio da Lei 13.964/19, que alterou a lei dos crimes hediondos. Trata-se de *novatio legis in pejus*. Logo, essa catalogação como crime hediondo não alcança aos fatos praticados antes da vigência da lei nº 13.964/19, sob pena de malferir o preceito constitucional estabelecido no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Cabe ainda ressaltar que os delitos de associação criminosa (art. 288 do CP) e de constituição de milícia privada (art.288-A do CP) não foram inseridos no rol dos crimes hediondos, ainda que voltada à prática de delito hediondo ou equiparado, sob pena de malferir o princípio da legalidade.

OBS: Não confunda organização criminosa com associação criminosa. Podem ser observadas 4 grandes diferenças entre associação criminosa e organização criminosa.

	ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA	ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA
Número mínimo de integrantes	Exige-se o mínimo de 3 pessoas.	Exige-se, ao menos, 4 pessoas.
Objetivo	Visa a prática de crimes, independentemente da pena cominada.	Visa a prática de infrações penais (crimes e contravenções penais) cujas penas sejam superiores a 4 anos, ou que sejam de caráter transnacional.
Divisão de tarefas	Não se exige divisão de tarefas entre os agentes para a sua configuração.	Para a configuração da organização criminosa é indispensável a existência de uma estrutura ordenada e a existência de uma divisão de tarefas.
Especial fim de agir	Apresenta como especial fim de agir a prática de crimes.	Apresenta como especial fim de agir a obtenção, direta ou indireta, de vantagem de qualquer natureza.

1.2 - Execução penal

Diligências pela Comissão:

O art. 9º da LEP traça um rol exemplificativo de providências que a Comissão multidisciplinar pode realizar com o objetivo de traçar dados sobre a personalidade do condenado. Vejamos.

Art. 9º da LEP: A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a **ética profissional** e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

I – entrevistar pessoas;

II – requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

III – realizar outras diligências e exame necessários.

Art.9º-A da LEP: O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

> §2º A **autoridade policial**, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.
>
> § 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.
>
> § 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.
>
> § 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.
>
> § 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

Como se vê, o novo dispositivo legal da LEP exige que os **condenados por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável** se submetam, obrigatoriamente, à **identificação do perfil genético**, por meio da extração de DNA. Estamos diante de uma identificação compulsória mediante extração de DNA. A recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético caracteriza falta grave. Repare que ficaram de fora desse rol alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo: genocídio, comércio ilegal de armas de fogo, etc.

Ocorre que essa alteração trazida pela LEP é muito criticada pela doutrina, porquanto a sua principal finalidade é a constituição de meio de prova, o que pode representar uma ofensa ao princípio da não autoincriminação, que deriva do direito constitucional ao silêncio consagrado no art. 5º, inciso LXIII, do Texto Maior. Vale dizer, em homenagem ao *nemo tenetur se detegere*, o acusado pode se recusar a produzir provas em seu desfavor. Nesse sentido, vale destacar o magistério do professor Rogério Sanches Cunha:

> "Criticamos, apenas, o caráter compulsório o fornecimento do material pelo condenado, cuja recusa agora passa a ser punível como falta grave (§8º). Isso nos parece inconstitucional e inconvencional, ferindo o direito da pessoa presa de não produzir contra si mesma (nemo tenetur se detegere), a sua integridade física e a sua privacidade.
>
> Logo, deve o Estado, através de métodos não invasivos (salvo se o preso concordar com tais procedimentos) colher material despreendido do corpo do reeducando para servir à identificação genética. O Estado não está impedido de usar vestígios para colher material útil na identificação do indivíduo. Não há nenhum obstáculo para a sua apreensão e verificação (ou análise ou exame). São partes do corpo humano (vivo) que já não pertencem a ele. Logo, materiais análogos podem ser apreendidos e submetidos a exame normalmente, sem nenhum tipo de consentimento da pessoa (ex: exame do DNA da saliva que se achava nos cigarros fumados e jogados fora pelo condenado). Nesse sentido, aliás, decidiu o STJ. Ao julgar HC impetrado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, em 2018, deliberou que a produção de prova

por meio de exame de DNA sem o consentimento do investigado é permitida se o material biológico já está fora de seu corpo e foi abandonado, ocasião em que se tornou objeto público. No caso, o investigado se encontrava preso e havia se recusado a ceder material genético. Diante disso, a coleta foi realizada a partir de utensílios usados e descartados, possibilitando o esclarecimento de um crime ocorrido 10 anos antes. Para o Ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca. ' o que não se permite é o recolhimento do material genético à força (violência moral ou física), o que não ocorreu na espécie, em que o copo e a colher de plásticos utilizados pelo paciente já haviam sido descartados' (o número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial)[39].

Em sede de execução penal, observamos que poderá existir a discussão de fatos, o que autorizaria a produção de provas, em 2 ocasiões: a) procedimento administrativo para a **apuração de falta grave**; b) **revisão criminal** – ação impugnativa que visa rescindir a coisa julgada para obter a alteração da classificação da infração, absolvição, modificação da pena e anulação do processo (art. 626 do CPP).

Professor, partes desintegradas do corpo humano podem ser objeto de apreensão e exame pela Polícia?

A resposta é positiva. **Não há** que se falar em ofensa ao **princípio da não autoincriminação** quando o Poder Público apreende e realiza exame em partes separadas do corpo humano, pois esses objetos não pertencem mais ao agente investigado. Exemplos: fio de cabelo caído no chão, saliva em bituca de cigarro, etc...)

DISCIPLINA

A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Estão sujeitos a esse regime disciplinar tanto os **condenados à pena privativa de liberdade ou restritivas de direito** como o **preso provisório**. O não acatamento dessas regras de conduta gerará a imposição de faltas disciplinares.

Reparem que o art. 44, § único, da LEP não faz menção aos submetido à medida de segurança. Motivo: Se eles não possuem discernimento para se submeter a uma pena, não deve, pelo mesmo motivo, sujeitar-se as normas disciplinares, porém será exigido o atendimento mínimo à preservação da ordem.

Para que possa existir uma convivência harmoniosa no ambiente carcerário foram previstas regras disciplinares com o objetivo de manter a ordem no interior do estabelecimento penal. Para tanto, o

---

[39] Sanches Cunha, Rogério. *Pacote Anticrime*. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, páginas 344/345.

condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, **será cientificado das normas disciplinares**.

A atividade disciplinar, por apresentar caráter administrativo, **em regra**, será exercida pelo Diretor do estabelecimento penal.

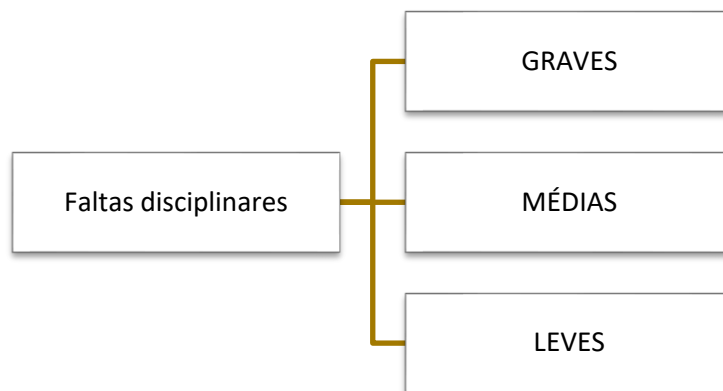
Os **princípios da anterioridade e da legalidade** também estão previstos na seara disciplinar da Lei de Execução Penal. Motivo: Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal e regulamentar. Essas sanções não podem colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. A LEP ainda veda de maneira expressa o emprego de cela escura (A "solitária" é expressamente vedada pela LEP. Afinal de contas, a CF veda a imposição de pena cruel – art. 5º, XLVII, "e", da CF), bem como a aplicação de sanções coletivas (o que afrontaria o princípio constitucional da individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CF).

A atividade disciplinar nas penas privativas de liberdade, por apresentar caráter administrativo, **em regra**, será exercida pelo Diretor do estabelecimento penal, em conformidade com as disposições regulamentares, sendo inadmissível qualquer espécie de delegação.

Nas penas restritivas de direito, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Com isso, vale destacar que não há necessidade de informar o Juízo da Execução acerca da imposição de sanções disciplinares, salvo na prática de faltas consideradas graves.

Nas faltas graves, a autoridade administrativa deve informar o Juízo da execução para os fins de regressão de regime (art. 118, I, da LEP), revogação de saídas temporárias (art. 125 da LEP), perda dos dias remidos (art. 127 da LEP) e conversão da pena restritivas de direitos em privativa de liberdade (art. 181, §§1, "d" e 2º, da LEP).

Como são **classificadas as faltas disciplinares**?

As condutas contrárias às normas disciplinares recebem o nome de faltas disciplinares. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada (Vejam que não é o mesmo raciocínio da tentativa do CP - art. 14).

As faltas médias e leves, assim como suas sanções correspondentes, são descritas em estatutos penitenciários (legislação estadual). Já as faltas graves estão descritas em rol taxativo na LEP, não admitindo interpretação extensiva. Vejamos um julgado do STJ.

> EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS – APENADO QUE SE RECUSOU A COMPARECER PERANTE OFICIAL DE JUSTIÇA PARA RECEBER CITAÇÃO - FALTA GRAVE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 50 DA LEI 7210 – ROL TAXATIVO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR O CANCELAMENTO DA FALTA GRAVE E RESTITUIR OS DIAS REMIDOS.
>
> 1 . As faltas graves são aquelas expressamente relacionadas no artigo 50 da LEP, não permitindo interpretação extensiva para encaixar outros atos de indisciplina no seu rol, sob pena de se ferir o princípio da legalidade.
>
> 2 . Conquanto a recusa do preso em comparecer perante o Oficial de Justiça, para ato de citação, tenha sido um ato pouco recomendável, ele não constitui falta grave, além do paciente já ter sido punido com trinta dias de isolamento celular.
>
> 3 . Ordem concedida para cancelar a anotação de falta grave e restituir ao paciente os dias remidos.(HC 108616, Relatora: Min. Jane Silva, Sexta Turma, julgado em 06/02/2009)

Observem ainda que a competência para legislar sobre direito penitenciário é concorrente, nos exatos termos do art. 24, I, da CF.

O art. 50 da LEP elenca um rol taxativo de faltas graves praticadas durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Vejamos os 8 incisos:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II – fugir;
III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV – provocar acidade de trabalho;
V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei;
VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com ambiente externo.
VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964/19)[40]

Além das hipóteses do art. 50 da LEP, é também previsto como **falta grave** a prática de **fato definido como crime doloso** (art. 52, *caput*, da LEP[41]). Ainda sobre esse assunto, vale a pena destacar o teor da súmula 526 do STJ:

> Súmula 526 do STJ: O reconhecimento de falta grave decorrente de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para a apuração do fato.

Para a apuração da falta grave é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo ainda assegurado ao preso a assistência de um advogado (constituído ou dativo) ou um integrante da Defensoria Pública para a realização de sua defesa técnica. Esse é o teor da súmula 533 do STJ:

> Súmula 533 do STJ: Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do

[40] Essa infração administrativa sofre severas críticas da doutrina, eis que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)

[41] Art. 52, *caput*, da LEP: "A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

A regra geral foi muito bem estabelecida na súmula 533 do STJ. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE de nº 972598, julgado em 04/05/2020 (Repercussão Geral – Tema 941), firmou o entendimento de que **a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, *afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena***.

Questão interessante: Aplica-se à súmula vinculante de nº 5 do STF (a falta de defesa por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição") aos procedimentos administrativos disciplinares atinentes à execução penal?

A resposta é negativa, segundo jurisprudência consolidada do STF. Vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. DEFESA TÉCNICA EXERCIDA. ACÓRDÃO QUE AFIRMA A EXISTÊNCIA. NÃO APLICABILIDADE DO ENUNCIADO SUMULADO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO.
>
> 1. Ao exame dos autos, consigno que a remissão feita ao enunciado da Súmula Vinculante 5 pela Corte a quo não é o fundamento principal do acórdão reclamado. Em verdade, reconhecida a existência de defesa técnica no procedimento de apuração de falta disciplinar do apenado, motivo per se suficiente para manutenção da decisão atacada.
>
> 2. Em qualquer hipótese, a jurisprudência desta Suprema Corte já assentou a inaplicabilidade do verbete da Súmula Vinculante 5 aos processos disciplinares administrativos para apuração de cometimento da falta grave. Precedentes.
>
> 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (Rcl 8830 AgR, Relator: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 23/02/2016).

Assunto que atualmente representa inúmeros processos nos Tribunais Superiores diz respeito ao tema **falta grave e a interrupção, ou não, do prazo para a concessão de benefícios em sede de execução penal**. Analisarei cada um desses benefícios (progressão de regime, remição, livramento condicional, indulto e comutação).

> Progressão de regime – Súmula 534 do STJ: A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração. Destaco ainda que a contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo (quantidade de pena a ser cumprida) iniciar-se da última falta grave e incidirá sobre o remanescente da pena e não sobre a totalidade da pena.

Remição – A prática de falta grave acarreta a perda dos dias remidos (a revogação, por sua vez, atinge apenas 1/3 do tempo remido, iniciado a contagem a contar da data da infração disciplinar) – art. 127 da LEP.
Livramento condicional –Súmula 441 do STJ: A falta grave não interrompe o prazo do livramento condicional. Com advento da Lei nº 13.964/19, nota-se que o livramento condicional não pode ser concedido caso haja o cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses, conforme aponta o art. 83, III, “b”, do Código Penal.
Comutação e Indulto – Súmula 535 do STJ: A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena. Motivo: Ausência de previsão legal.

Professor, qual é o prazo prescricional para apuração da falta grave?

Diante da lacuna desse tema na LEP, os Tribunais Superiores firmaram o entendimento que deve ser levado em conta **o menor prazo prescricional previsto na tabela do art. 109 do Código Penal**, qual seja, o prazo de **3 anos** (art. 109, inciso VI, do CP). O **termo inicial** desse prazo é **data da consumação da infração disciplinar**. Só lembrando que no caso de fuga do estabelecimento penal (art. 50, II, da LEP), falta disciplinar de natureza permanente, o termo inicial será a data da recaptura do preso, ocasião em cessa a permanência, em conformidade com o art. 111, III, do CP.

> EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PRESCRIÇÃO. PRAZO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, VI, DO CP. REGRESSÃO DE REGIME. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. SÚMULAS/STJ 441, 534 E 535. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.
>
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
>
> 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser de 3 (três) anos o prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar decorrente do cometimento de falta grave, após a edição da Lei n. 12.234/2010, utilizando-se, para tanto, do art. 109, VI, do Código Penal, diante da falta de norma específica quanto à prescrição em sede de execução.
>
> 3. In casu, tendo sido a infração cometida em 31/12/2013 e homologada em 24.2/2016, verifica-se a inexistência do transcurso do lapso da prescrição.
>
> 4. A prática de falta grave pelo sentenciado, no curso da execução da pena, acarreta a regressão do regime prisional e altera a data-base para a concessão de novos benefícios, exceto para fins de livramento condicional, indulto e comutação da pena. Entendimento consolidado nas Súmulas 441, 535 e 534 desta Corte e no recurso repetitivo, REsp 1.364.192/RS.

5. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a prática de falta disciplinar de natureza grave implica a regressão de regime, conforme estabelecido pelo art. 118, I, da LEP.

6. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a perda de até 1/3 dos dias remidos, em razão da falta grave, exige fundamentação concreta, consoante determina a própria legislação de regência, que estabelece a observância das diretrizes elencadas no art. 57 da LEP.

Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 368.483/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

O art. 50, inciso VII, da LEP (tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio, ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo) foi acrescentado pela Lei nº 11.466, de 29 de março de 2007.Diante disso pergunto a vocês: Se algum preso tiver a posse de um aparelho celular antes da vigência da Lei nº 11466/07 será considerado tal fato como falta grave?

A resposta é negativa. Já vimos que não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar (art. 45, *caput*, da LEP). A execução penal se submete aos **princípios da anterioridade e da legalidade**. Além do mais, por apresentar conteúdo de direito material, com reflexo na execução penal, aplica-se ao caso o **princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa** (art. 5º, XL, da CF). Eis um julgado do STJ acerca do assunto:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO PARA REGIME SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. POSSE DE APARELHO CELULAR ANTES DA LEI Nº 11.466/2007. CONDUTA NÃO TIPIFICADA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS RIGOROSA. INCOMPETÊNCIA ESTADUAL PARA LEGISLAR SOBRE FALTAS GRAVES. ORDEM PREJUDICADA EM PARTE E CONCEDIDA.

1. Antes do advento da Lei nº 11.466 de 29 de março de 2007, a posse de aparelho telefônico não constava do rol taxativo previsto no art.50 da Lei de Execuções Penais, onde estão previstas as condutas caracterizadoras de falta disciplinar de natureza grave, razão pela qual não está autorizado o reconhecimento da falta por este motivo, sob pena de violação do princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal mais rigorosa.

2. Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo tipificando a conduta como falta grave não é suficiente para legitimar a decisão, pois nos termos do art. 49 da Lei nº 7.210/1984, a legislação local somente está autorizada a especificar as condutas que caracterizem faltas leves ou médias e suas respectivas sanções.

3. *Habeas corpus* prejudicado em parte e, na parte remanescente, concedido para retirar a anotação da falta disciplinar ocorrida em 21/9/2005 e todos os efeitos dela decorrentes. (HC 155.372/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

Outra questão que tem suscitado controvérsia acerca do art. 50, VII, da LEP diz respeito ao **<u>objeto material</u>** da infração disciplinar. O termo "aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação" exige a posse de aparelho que permita a efetiva comunicação ou basta que o detento esteja em posse de parte componente do aparelho que seja fundamental para o seu funcionamento (ex: carregador de bateria, chip, carcaça de celular)?

De acordo com o **STJ**, <u>basta a posse de elementos essenciais para o funcionamento do aparelho para a caracterização da falta grave</u>. Vejamos.

> EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. POSSE DE CARREGADOR DE APARELHO CELULAR. RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE PELA CORTE DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.
>
> 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.
>
> 2. Firmou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento de que, após o advento da Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho celular, bem como de seus componentes essenciais, tais como chip, carregador ou bateria, constitui falta disciplinar de natureza grave.
>
> 3. Na espécie, a infração consistente na posse de carregador de aparelho celular foi praticada em 17/9/2013, portanto, após a entrada em vigor da Lei n. 11.466/2007, o que caracteriza falta grave.
>
> 4. Inexistência, assim, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício.
>
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 354.035/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016)

A LEP, em seu art.51, também previu **falta grave** para o condenado no cumprimento da **pena restritiva de direitos** nas seguintes hipóteses:

I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;
II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
III – inobservar os deveres previstos nos incisos II (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e V (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas), do artigo 39, da LEP.

As **faltas médias e leves** estão descritas na legislação estadual do respectivo ente federativo.

<u>SANÇÕES</u>

As sanções disciplinares estão num **<u>rol taxativo</u>** do art. 53 da LEP:

I - advertência verbal;
II - repreensão;
III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);
IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei (o condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório);
V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

OBS: A <u>advertência e a repreensão são admoestações feitas ao preso</u>. Todavia, a segunda difere da primeira por ser sempre escrita e não verbal.

Só lembrando que as faltas tentadas terão a mesma sanção das faltas consumadas (art. 49, § único, da LEP).

<u>Quem aplica</u> essas sanções?

As sanções dos <u>incisos I a IV</u> serão aplicadas por ato motivado do <u>diretor do estabelecimento</u>. A sanção do inciso V (regime disciplinar diferenciado) será por decisão judicial.

A autorização para a inclusão de preso em regime disciplinar <u>dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento</u> ou outra autoridade administrativa.

A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será <u>precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa</u> e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

Quais são os critérios utilizados para aplicação das sanções disciplinares?

A aplicação de sanção disciplinar deve nortear-se por critérios de individualização em que se considerem a **natureza**, os **motivos determinantes**, as **circunstâncias** e as **consequências do fato praticado**, bem como a **pessoa do faltoso** e seu **tempo de prisão** (LEP, art. 57).

Professor, quais são as <u>sanções</u> para quem cometer <u>falta grave</u>?

Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 da LEP: a) suspensão ou restrição de direitos; b) isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 88 da LEP; c) inclusão no regime disciplinar diferenciado.

O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 dias, ressalvada a hipóteses do regime disciplinar diferenciado. O isolamento será sempre comunicado ao Juiz da Execução.

O regime disciplinar diferenciado (RDD) só pode ser determinado pelo juiz e terá duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie. (Falarei adiante sobre o RDD)

As **faltas leves e médias** são punidas com **advertência** ou **repreensão**. Já as **faltas graves** autorizam a imposição de **suspensão ou restrição de direitos**, **isolamento em cela** ou **local adequado** ou **inclusão no RDD** (regime disciplinar diferenciado).

Regime disciplinar diferenciado (art. 52 da LEP)

Origem: *O regime disciplinar diferenciado deita suas raízes na resolução de nº 26/2001 da Secretaria de Administração do Estado de São Paulo (SAP) como forma de dar um tratamento mais rigoroso às facções criminosas atuantes nos estabelecimentos prisionais paulistas.* Em seguida, mais precisamente no ano de 2003, ingressou no ordenamento jurídico a Lei nº10.792/03 para inserir tal infração disciplinar no rol das sanções estabelecidas na Lei de Execução Penal.

O regime disciplinar diferenciado (RDD) é uma sanção disciplinar aplicável aos **presos condenados** ou **provisórios, nacional ou estrangeiro**. O RDD tem cabimento em 3 situações:

- com a prática de **fato previsto como crime doloso**, que constitui **falta grave**, desde que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sem prejuízo da sanção penal correspondente (art. 52, *caput*, da LEP);
- quando o preso apresentar **alto risco para a ordem** ou **a segurança do estabelecimento penal** ou **da sociedade** (art. 52, §1º, da LEP).
- quando existirem **fundadas suspeitas** de envolvimento ou participação do preso provisório ou condenado, a qualquer título, **em organizações criminosas**, associação criminosa ou milícia privada, independentementeda prática de falta grave (art. 52, §2º, da LEP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19).

Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal (art. 52, §3º, da LEP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19). Nessa situação, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do

preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

Questão: Integrante de organização terrorista pode ser incluído no RDD?

A resposta é afirmativa, porquanto os termos da Lei nº 12.850/13 também abarcam às organizações terrorista. Essa é a lição do professor Rogério Sanches Cunha: "*Numa interpretação afoita do art. 52, §2º, da LEP, pode parecer que não, por falta de previsão legal. No entanto, não se pode ignorar que a Lei nº 12.850/13, que define organização criminosa, também se aplica às organizações terroristas (art. 1º, §2º, II). Conclusão: numa interpretação sistemática, entendemos que organização terrorista nada mais é do que uma forma especial de organização criminosa, sendo passível de sanção disciplinar da espécie RDD*[42]."

Já falei sobre isso, mas não custa repetir. O RDD somente pode ser aplicado pelo juiz da execução penal, em decisão fundamentada, no prazo de 15 dias, após prévia manifestação do MP e da defesa.

Quem pode requerer a inclusão no RDD?

De acordo com a LEP, o RDD deve ser pleiteado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa (Ex: Secretário Estadual de Administração Penitenciária). Não cabe o magistrado aplicar o RDD de ofício. Ao observar o art. 68, II, "a", da LEP[43], cremos que o MP, órgão de execução que é, também pode pleitear o RDD. Ao observar o art. 68, II, "a", da LEP[44], cremos que o MP, órgão de execução que é, também pode pleitear o RDD.

Características **do RDD**:

a) **Duração máxima de 2 anos**, sem prejuízo de repetição dessa sanção em caso de cometimento de nova falta grave da mesma espécie. **OBS**: No caso de preso provisório, ainda sem pena fixada, será levada em conta a pena mínima cominada para o delito. Repare ainda que essa sanção pode ser imposta de forma repetida, sem a imposição de limites, tantas vezes forem as faltas graves cometidas;
   Recolhimento em **cela individual**;

[42] Sanches Cunha, Rogério. *Pacote Anticrime*. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, páginas 344/345.

[43] Art. 68 da LEP. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: II - requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo

[44] Art. 68 da LEP. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: II - requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo

b) **Visitas quinzenais**, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas. Essa visita será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário. Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber essa visita poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (vezes) por mês e por 10 (dez) minutos.

   De acordo com as Regras de Mandela, em seu preceito 106, *o Estado deve velar para se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família, visando sempre o melhor interesse de ambos*. No mesmo sentido, vale lembrar que o ECA, em seu art. 19, §4º, enaltece a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou pai privado da liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável, independentemente de autorização judicial.

   Direito do preso de sair da cela por **2 horas diárias para banho de sol,** em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso.

c) **Entrevistas sempre monitoradas**, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

d) **Fiscalização do conteúdo da correspondência**;

e) **Participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência**, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

Prorrogação do RDD – Com o advento da Lei nº 13.964/19, restou expressamente estabelecido a prorrogação sucessiva do RDD, por períodos de 1 ano, existindo indícios de que o preso: I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

É possível a inclusão preventiva do preso no regime disciplinar diferenciado (RDD), no interesse da disciplina e da averiguação do fato, por decisão do juiz competente, sem a necessidade de ouvir o MP para deferir essa medida cautelar baseada no *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, conforme autoriza o art. 60 da LEP. Tanto o isolamento como o tempo de inclusão preventiva no RDD serão computados no período de cumprimento da sanção disciplinar. Decorrido o prazo de 10 dias, se não for decretada a inclusão definitiva no RDD, o preso retorna ao cumprimento normal da pena no cárcere. Atenção total agora! Não confunda a inclusão preventiva no RDD com o isolamento preventivo, que pode ser determinado pelo diretor do estabelecimento, pelo prazo de 10 dias.

Professor, quando ocorre a transferência de presos para os estabelecimentos penais federais de segurança máxima?

Esse assunto foi tratado pela Lei nº 11.671/08 e regulamentada pelo decreto nº 6877/2009. É uma medida marcada pela transitoriedade e excepcionalidade, aplicada a presos definitivos e provisórios, com período de permanência de até 3 (três) anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram (art. 10, §1º, da Lei nº 11.671/08, com redação dada pela Lei nº 13.964/19). Esse pedido de transferência para a penitenciária federal pode ser formulado pela autoridade administrativa, Ministério Público, Defensoria Pública e o próprio preso, sendo baseado no interesse da sociedade ou da segurança pública, bem como questões de ordem pessoal, visando à segurança do detento. A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória. Nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.671/08, o juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal. Apenas a fiscalização da prisão provisória será deprecada, mediante carta precatória, pelo juízo de origem ao juízo federal competente, mantendo aquele juízo a competência para o processo e para os respectivos incidentes. Caso haja divergência entre o juízo de origem e o juízo federal acerca do ingresso ou manutenção do preso em penitenciária federal, deve ser suscitado conflito de competência no STJ. Se rejeitada a renovação, enquanto não decidido o conflito de competência pelo STJ, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal. OBS: De acordo com o art. 11-A da Lei nº 11.671/08, as decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao preso federal poderão ser tomadas por órgão colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais. OBS 2: Os Estados e o Distrito Federal poderão construir estabelecimentos penais de segurança máxima, ou adaptar os já existentes, aos quais será aplicável, no que couber, o disposto na Lei 11.671/08."

Progressão e regressão de regimes

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de **mulher gestante** ou que for **mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência**, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Como se vê, são 2 requisitos para a promoção carcerário: **objetivo (tempo)** e **subjetivo (mérito)**. A ausência de qualquer dele inibe a progressão de regime. Vale dizer, deverá estar presente as duas condicionantes: tempo e mérito.

a) **Requisito objetivo***:* Diz respeito a um determinado de tempo de pena cumprida. Para os crimes praticados antes da Lei nº 13.964/19, segue a antiga redação dada ao art. 112 da LEP, para prestigiar o princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa (art. 5º, XL, da Constituição Federal), ou seja, aos delitos comuns, o art. 112 da LEP exigia o cumprimento de 1/6 da pena no regime em que se encontrar. Já para os crimes hediondos ou equiparados, o art. 2º, §2º, da Lei nº 8072/90 exigia do condenado o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, ou 3/5 (três quintos), caso seja reincidente.

A contar da data de 23 de janeiro de 2020, os crimes praticados após essa data, momento em que entrou em vigor a Lei nº 13.964/19, deve obediência ao seguinte requisito objetivo:

16%	se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça
20%	se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça
25%	se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça
30%	se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça
40%	se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário
50%	se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
60%	se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
70%	se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

OBS: O art. 112, IV, da LEP exige a reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça. Assim, se o apenado for reincidente, mas não específico (apenas um dos crimes for cometido com violência ou grave ameaça, pouco importando se foi o antecedente ou o presente), ante a lacuna na lei e, em prol do princípio do in *dubio pro reo, deve ser aplicada a fração do reeducando primário, ou seja, 25% se violento ou 20% se não violento. Exemplo: O agente, condenado por crime de roubo, vem a se tornar reincidente pela prática de furto, a fração para a progressão de regime será de 20% (crime não violento). De outro giro, se o agente, condenado por crime de furto, vem a se tornar reincidente pelo cometimento do delito de roubo, a fração para a progressão de regime será de 25% (crime violento).*

OBS 2: Primário que é condenado por crime hediondo ou equiparado (art. 112, V, da LEP) – Nessa situação, o pacote anticrime manteve a fração anterior de 2/5 da pena (40%) em regime anterior. O requisito "não ter integrado organização criminosa" incluso no inciso V do § 3º do art. 112 da LEP, para progressão de regime

da mulher gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, deve ser interpretado de acordo com a definição de organização criminosa da Lei nº 12.850/2013. (STJ, 6ª Turma. HC 522.651-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 04/08/2020 - Informativo 678).

OBS3: É vedado o livramento condicional ao apenado por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte (primário ou reincidente).

OBS 4: Em relação aos apenados que foram condenados por crime hediondo mas que são reincidentes em razão da prática anterior de crimes comuns não há percentual previsto na Lei de Execuções Penais, em sua nova redação, para fins de progressão de regime, visto que os percentuais de 60% e 70% se destinam unicamente aos reincidentes específicos, não podendo a interpretação ser extensiva, vez que seria prejudicial ao apenado. Assim, por ausência de previsão legal, o julgador deve integrar a norma aplicando a analogia in bonam partem.

No caso (condenado por crime hediondo com resultado morte, reincidente não específico), diante da lacuna na lei, deve ser observado o lapso temporal relativo ao primário. Impõe-se, assim, a aplicação do contido no inciso VI, a, do referido artigo da Lei de Execução Penal, exigindo-se, portanto, o cumprimento de 50% da pena para a progressão de regime." (STJ, HC 581.315-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 06/10/2020, DJe 19/10/2020 - Informativo 681)

OBS 5: As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição devem iniciar o cumprimento de sua reprimenda em estabelecimentos prisionais de segurança máxima. (art. 2º, §8º, da Lei nº 12.850/13)

OBS 6: O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo. (art. 2º, §9º, da Lei nº 12.850/13).

OBS 7: O cometimento de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, que se reinicia a contar do cometimento dessa infração, apresentando como base o tempo remanescente de pena, segundo aponta a súmula 534 do STJ e art. 112, §6º, da LEP.

OBS 8: O Juízo da Execução pode promover a retificação do atestado de pena para constar a reincidência, com todos os consectários daí decorrentes, ainda que não esteja reconhecida expressamente na sentença penal condenatória transitada em julgado (STJ. 3ª Seção. EREsp 1.738.968-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/11/2019 (Informativo 662 do STJ).

Por oportuno, lembre-se que o **tráfico privilegiado de drogas não deve ser considerado como equiparado ao hediondo**, segundo determina o art. 112, §5º, da LEP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19 e o atual posicionamento firmado STF.

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida. (HC 118533, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

Importante ainda nesse tópico lembrarmos que a pena unificada para atender o limite de quarenta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou o regime mais favorável de execução (súmula 715 do STF). Assim, se o condenado é condenado a uma pena superior a quarenta anos, é imprescindível cumprir o percentual do total da pena, e não dos quarenta anos (pena unificada).

b) *Requisito subjetivo*: refere-se ao mérito para a progressão. Esse requisito é comprovado por atestado de boa conduta carcerária firmado pelo diretor do estabelecimento prisional em que se encontrar, respeitadas as normas que vedam a progressão de regime.

Além desses requisitos, o condenado para ser promovido ao **regime aberto** também deverá atender os requisitos do art. 114 do CP: a) deverá estar trabalhando ou demonstrar a possibilidade de trabalhar imediatamente; b) apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. **OBS**: Em razão de condições humanitárias, o art. 117 da LEP dispensa essas obrigações das seguintes pessoas: condenado maior de 70 anos; condenado acometido de doença grave; condenada gestante e condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental.

A LEP ainda estabelece condições para o apenado que cumpre pena em regime aberto. São **condições gerais e obrigatórias descritas** no art. 115 da LEP: a) permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; b) sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; c) não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; d) comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades.

Além dessas condições gerais e obrigatórias, o juiz ainda pode estabelecer **condições facultativas (especificas)** para os apenados em regime aberto, que deveram estar em perfeita sintonia com sua natureza e finalidade. Essas condições podem ser modificadas, conforme as peculiaridades do caso concreto, de ofício pelo magistrado, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado.

Lembre-se que que o ingresso do condenado em regime aberto supõe aceitação do seu programa e das condições impostas pelo juiz (art. 113 da LEP).

Chamo atenção de vocês para destacar que essas condições especiais impostas aos apenados do regime aberto tem o objetivo de complementar as condições obrigatórias (art. 115 da LEP), mas não poderá ser estipulada como condição algo já descrito como pena substitutiva (art. 44 do CP), sob pena de configurar o malfadado *bis in idem*, importando na aplicação dúplice de sanção. Aliás, é nesse sentido o teor da **súmula 493 do STJ: É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto**.

A legislação local poderá ainda estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 36, §1º, do Código Penal). Por exemplo, o legislador local pode estipular atividades a serem praticadas na casa de albergado.

Nos termos do art. 112, §2º, da LEP, a decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente, conforme determina o art. 112, §6º, da LEP.

O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Questão: Qual é a data-base para a promoção carcerária?

Comentários

O Supremo Tribunal Federal, no HC n. 115.254/SP, passou a adotar o posicionamento de que, por ter a decisão que concede a progressão de regime natureza meramente declaratória, o marco inicial para a concessão do benefício é a data do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 112 da Lei de Execução Penal.

1.3 - Questões especiais de progressão de regime

Crime contra a Administração Pública

Nos crimes contra a Administração Pública em que tenha ocorrido prejuízo ao erário ou locupletamento, é estipulado como condição para a progressão de regime a reparação integral do dano à devolução do produto do ilícito, com os acréscimos legais, na forma do art. 33, §4º, do Código Penal. Destaco a vocês que o Plenário do STF já declarou o art. 33, §4º, do CP como constitucional (Informativo 722 do STF). Vejamos.

Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública. É constitucional o § 4º do art. 33 do CP, que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a administração pública à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, facultado o parcelamento da dívida. (EP 22 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso,17.12.14)

Progressão de regime antes do trânsito em julgado

Já conversamos sobre isso ao tratar da execução penal provisória, mas devemos lembrar que é perfeitamente possível a progressão de regime antes do trânsito em julgado. Nesse caso é expedida guia de recolhimento provisória de forma a autorizar o preso a usufruir de benefícios em sede de execução penal, inclusive a promoção carcerária, em que pese pendente o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A progressão de regime antes do trânsito em julgado é tratado nas seguintes súmulas do STF:

Súmula 716 do STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717 do STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato e o réu se encontrar em prisão especial.

Progressão de regime envolvendo apenado estrangeiro

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não constitui obstáculo para a progressão de regime o fato de o condenado ser estrangeiro, não ter domicílio em território nacional e ser objeto de processo de expulsão.

EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no país e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. HC concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena. (HC 97147, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relatora p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009)

Progressão de regime e condenado em estabelecimento penal de segurança máxima (penitenciária federal)

O raciocínio a ser feito nessa questão é o seguinte: Por estar o condenado cumprindo parte da pena em estabelecimento prisional federal (estabelecimento penal de segurança máxima), podemos concluir que ele não apresentar o mérito necessário para progredir de regime, ou seja, não ostenta bom comportamento carcerário. Foi nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 131649 (Informativo 838 do STF). Vejamos.

O cumprimento de pena em penitenciária federal de segurança máxima por motivo de segurança pública não é compatível com a progressão de regime prisional. STF. 2ª Turma. HC 131.649/RJ, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/9/2016 (Info 838).

No mesmo sentido é a posição do STJ:

> O Juízo competente para processar e julgar os incidentes da execução é o que detém a custódia do apenado, no caso, o Juízo responsável pelo presídio federal. Não lhe é permitido, contudo, conceder a progressão de regime prisional ao condenado que esteja recolhido em presídio

federal de segurança máxima, uma vez que os motivos que justificaram sua transferência ou manutenção no sistema federal mostram-se totalmente incompatíveis com a concessão do benefício, ficando condicionado o deferimento da progressão à ausência dos motivos que justificaram a sua remoção para o estabelecimento federal. (STJ. 3ª Seção, CC 137.110/RJ, Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), julgado em 22/4/2015)

<u>Progressão *per saltum*</u>

O nosso Código Penal não admite a progressão *per saltum* (por salto), ou seja, o condenado não pode progredir direto do regime fechado para o aberto, devendo necessariamente passar pelo regime intermediário (semiaberto) para atingir o aberto (mais brando).

Súmula 491 do STJ: É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

<u>Cálculo diferenciado do prazo no caso de concurso entre crimes hediondos e comuns</u>

Chamo a atenção de vocês para dizer que no **concurso entre crimes hediondos e comuns**, é indispensável muita cautela no momento da concessão da progressão de regime, porquanto os crimes hediondos exigem-se um cumprimento maior de pena para tal benefício, enquanto os crimes comuns esse percentual é menor. Essa premissa vale tanto para os fatos cometidos, quer antes, quer depois, da vigência da lei nº 13.964/19.

Por exemplo, num concurso material de crimes entre o delito de extorsão mediante sequestro (hediondo) e o delito de lesão corporal grave, em que pelo primeiro crime foi condenado a 15 anos de reclusão e 2 anos de reclusão pelo segundo, seria desproporcional calcular 2/5 sobre as penas somadas (17 anos). O certo seria calcular 2/5 para o crime hediondo (acusado não reincidente) e 1/6 para o delito comum. Nesse sentido é o posicionamento do STJ. Vejamos.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONDENAÇÃO A CRIMES HEDIONDOS E COMUNS. CONTINUIDADE DELITIVA. ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DIFERENCIADO. PRETENSÃO LEGÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO NO CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. Na execução simultânea de condenação por delito comum e outro hediondo, ainda que reconhecido o concurso material, formal ou mesmo a continuidade delitiva, é legítima a pretensão de elaboração de cálculo diferenciado para fins de verificação dos benefícios penais, não devendo ser aplicada qualquer outra interpretação que possa ser desfavorável ao paciente.

2. No caso concreto, embora legítima a pretensão do impetrante, não se verifica o alegado constrangimento ilegal na elaboração do cálculo da pena sem a devida diferenciação das sanções aplicadas, por ser esta a situação mais favorável ao paciente.

3. Habeas corpus denegado. (HC 134868/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012)

(UFPR/Defensor Público do Paraná/2014). Em 26.06.2013, Paulo, primário, foi preso em flagrante sob a acusação de venda de drogas, em estável associação com outros quatro indivíduos, estando

incursos nos crimes de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sem a diminuição prevista no §4º do mesmo artigo) e associação para o tráfico (art. 35 da lei nº 11343/06). Na data de hoje, foi simultaneamente condenado, em decisão definitiva, por ambos os delitos. Você, defensor público em exercício junto à Vara de Execuções Penais, atuando na defesa dos interesses de Paulo, deverá requer a concessão da progressão de regime após o cumprimento de:

a) 2/5 do total da pena aplicada;

b) 3/5 do total da pena aplicada;

c) 2/5 pela associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei nº 11343/06), mais 1/6 da pena pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11343/06).

d) 1/4 do total da pena aplicada;

e) 2/5 da pena pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11343/06), mais 1/6 da pena pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei nº 11343/06).

Comentários:

A alternativa correta é a letra E. A grande questão desse exercício era saber quais são os crimes equiparados aos delitos hediondos. Tráfico de drogas é crime equiparado ao hediondo, razão pela qual o requisito objetivo para a progressão de regime é o transcurso de 2/5 do total da pena quando o condenado não é reincidente (como no caso do Paulo). Já a associação para o tráfico, por não ser um delito equiparado ao hediondo, adota o requisito objetivo previsto para os crimes comuns, qual seja, o transcurso de 1/6 do total da pena.

As alternativas A, B, C e D estão erradas. Motivo: Essas alternativas estão em descompasso com o art. 112 da LEP e art. 2º, §2º, da Lei nº 8072/90.

OBS: Esse exercício foi aplicado antes da vigência da Lei nº 13.964/19

Inadimplemento da pena de multa e progressão de regime

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado obsta a progressão de regime. Tal regra somente seria excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade do apenado em pagar o valor, ainda que parceladamente (EP 12 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 8. 4.2015).

Progressão de regime dos crimes hediondos antes da Lei nº 11.464/07

A Lei nº 11.464/07 trouxe uma importante inovação no tocante ao temário progressão de regime envolvendo os crimes hediondos e equiparados, porquanto alterou a Lei nº 8072/90 para permitir a promoção carcerária desses delitos com a exigência do cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente.

E os delitos hediondos praticados antes dessa Lei nº 11464/07? Qual é o percentual exigido para a progressão de regime?

Em virtude da irretroatividade da lei penal mais gravosa, aos citados delitos aplicam-se as regras do art. 112 da LEP, conforme determina a súmula 471 do STJ. Vejamos um julgado do STJ sobre o tema.

> CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CRIME HEDIONDO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. APLICABILIDADE DO ART. 112 DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, a justificar a concessão da ordem, de ofício.
>
> 2. Aos condenados por crimes hediondos ou equiparados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007, aplica-se o disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 para a progressão de regime prisional (Súmula 471 do Superior Tribunal de Justiça).
>
> 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Tribunal de origem que reaprecie o pedido de progressão de regime, afastando-se a aplicação da Lei n.
>
> 11.464/2007, baseando-se, tão somente, em dados concretos relativos à execução da pena. (HC 310.065/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016)

Progressão de regime especial

Questão: Como é progressão de regime de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência?

Com o advento da Lei 13.769/18 surge uma progressão especial para mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, segundo determina o art. 112, §3º, da LEP. Cuida-se de promoção carcerária que exige requisitos mais brandos e destinada exclusivamente a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, ainda que se trata de crimes hediondos. São esses os requisitos para essa progressão especial de regime: a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; b) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; c) ter cumprido ao menos 1/8 da pena no regime anterior; d) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional; e) não ter integrado organização criminosa. Estamos diante de requisitos cumulativos, ou seja, a ausência de qualquer desses requisitos inibe a concessão desse benefício em sede de execução penal. De acordo com o art. 72, VII, da LEP, com redação dada pela lei 13769/18, caberá ao Departamento Penitenciário Nacional acompanhar a execução das penas das mulheres beneficiadas com

a progressão especial, monitorando sua integração social e a ocorrência da reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.

Questão: Essa progressão especial admite revogação?

Os casos de revogação estão delineados no art. 112, §4º, da LEP: cometimento de novo crime doloso ou a prática de falta grave. Com isso, a apenada sofrerá regressão de regime (art. 118, I, da LEP) e estará impossibilitada de obter essa progressão especial.

Progressão de regime e organização criminosa

O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo, conforme determinação imposta no art. 2º, §9º, da Lei 12850/13, com redação dada pela Lei nº 13.964/19.

SAÍDA TEMPORÁRIA. De modo diverso da permissão de saída, a saída temporária necessita de autorização judicial, que será tomada após prévia manifestação do Ministério Público e do diretor do estabelecimento penal. Nesse sentido existe a súmula 520 do STJ: O benefício da saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional.

É um benefício previsto apenas para os apenados que cumprem pena no regime semiaberto. A saída temporária, que será concedida sem vigilância direta (sem escolta policial), será admitida nos seguintes casos:

- visita à família;
- frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do juízo da execução;
- participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social;

Em que pese não exista escolta policial, vale destacar a vocês que o Juízo da Execução pode fiscalizar essa saída temporária por meio da monitoração eletrônica (art. 146-B, inciso II, da LEP). Deferido o benefício em questão pelo juiz, o condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

> I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;
>
> II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.

Ok..., mas se o condenado não cumprir esses deveres?

A violação comprovada dos deveres previstos para a monitoração eletrônica poderá acarretar, a critério do juiz da execução penal, ouvidos previamente o Ministério Público e a defesa, a revogação da autorização de saída temporária, caso a advertência, por escrito, não for suficiente na situação concreta (art. 146-C, VII, da LEP).

Quais são os requisitos necessários para se obter a saída temporária?

A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da Execução, ouvidos Ministério Público e a administração penitenciária, se presentes os seguintes requisitos:

• comportamento adequado;

• cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

• compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Acerca da condicionante atinente ao tempo de cumprimento da pena, vale destacar a vocês o teor da súmula 40 do STJ: *Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado*”. Reparem que é um benefício concedido aos apenados em regime semiaberto, porém o tempo de cumprimento de pena em regime fechado é empregado para verificar o tempo mínimo de pena exigido pela LEP para a concessão desse benefício.

De modo diverso do que ocorre com a permissão de saída, o prazo na saída temporária é por tempo determinado. Diz a LEP que o prazo não pode ser superior a 7 dias, podendo a concessão desse benefício ser de 5 (cinco) vezes ao ano, com intervalo mínimo de 45 dias entre uma e outra.

Questão interessante: Pode ser estabelecido por decisão judicial um calendário anual de saídas temporárias? Pode o juiz num despacho estabelecer saídas temporárias automatizadas

Já adianto que a questão é polêmica e existe divergência entre o STJ e o STF sobre o tema.

Para o Superior Tribunal de Justiça não é certo num único despacho conceder as 5 saídas temporárias cabíveis ao longo do ano, ou seja, o correto é analisar a cada saída temporária se houve o preenchimento dos requisitos legais. Vejamos.

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDAS TEMPORÁRIAS AUTOMATIZADAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. INCIDÊNCIA. SÚMULA 520/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. Este Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n.1.166.251/RJ e 1.176.264/RJ, firmou compreensão de que é descabida a concessão automática de saídas temporárias pelo Juízo da Execução, devendo cada pedido ser apreciado de forma individualizada.

2. Inteligência do enunciado sumular n. 520 desta Corte (O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 356.927/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

Já para o Supremo Tribunal Federal é legítima a decisão judicial que estabelece calendário anual de saídas temporárias para visita à família do preso. Vejamos.

Habeas corpus. Direito Penal. Processo Penal. Execução penal. Saída temporária. Visita periódica à família.

2. Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. A decisão única permite participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão.

3. Ameaça concreta de lesão ao direito do paciente. Dificuldades operacionais na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro. Muito provavelmente, se cada condenado tiver que solicitar cada saída, muitas serão despachadas apenas após perderem o objeto.

4. Ordem concedida. Expedição do ofício ao Conselho Nacional de Justiça, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e à Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, para que avaliem e tomem providências quanto à situação da execução penal no Estado do Rio de Janeiro.

5. Expedição de ofício ao Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, dando notícia do julgamento. (HC 128763, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015)

Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e situação pessoal do condenado:

I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrada durante o gozo do benefício;

II – recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

Quando se tratar de **frequência a curso** (profissionalizante, de ensino médio ou superior), o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

O artigo 125 da LEP estabelece hipóteses de **revogação automática** da saída temporária, ou seja, verificadas as situações legais a seguir o juiz revoga o benefício, sem a necessidade de prévia oitiva do condenado. As hipóteses são:

- **praticar fato definido como crime doloso** (não se exige o trânsito em julgado);

- **for punido por falta grave** (o diretor do estabelecimento penal representará ao juiz da execução para revogar o benefício – art. 48, parágrafo único, da LEP);

- **desatender as condições impostas na autorização;**

- **revelar baixo grau de aproveitamento do curso.**

Todavia, o condenado tem o direito de recuperar à saída temporária. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da **absolvição no processo penal** (na hipótese de fato definido como crime), do **cancelamento da punição disciplinar** (no caso de ter sido punido por falta grave) ou da **demonstração do merecimento do condenado** (para os casos de desatender as condições impostas na autorização de saída e de revelar baixo grau de aproveitamento do curso).

A Lei nº 13.964/19 acrescentou o §2º no art. 122 da Lei de Execução Penal para afirmar que não terá direito à saída temporária o **condenado que cumpre pena por crime hediondo com resultado morte**. Repare que, por cochilo, o legislador não vedou a saída temporária ao crime equiparado ao hediondo, com resultado morte (exemplo: tortura com resultado qualificador morte). Logo, pensamento diverso representaria verdadeira analogia *in malam partem*, o que é vedado em Direito Penal.

1.4 - Interceptação telefônica

Captação ambiental

> “Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:
>
> I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e
>
> II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.
>
> § 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.
>
> § 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.
>
> § 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.
>
> § 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.
>
> § 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.”

Como se vê, a Lei nº 13.964/19 passou a regulamentar a captação (escuta e interceptação) ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. De forma idêntica à interceptação telefônica, **a captação ambiental necessita de prévia autorização judicial**, sendo exemplo de cláusula de reserva jurisdicional. São legitimados para requerer tal captação o Ministério Público e a autoridade policial.

A captação ambiental será cabível quando presentes os seguintes requisitos:

A PROVA NÃO PUDER SER FEITA POR OUTROS MEIOS DISPONÍVEIS E IGUALMENTE EFICAZES
Houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

Diversamente do que ocorre na interceptação das comunicações telefônicas, cuja decretação exige que o delito seja apenado com o crime de reclusão, ao cuidar da captação ambiental, o art. 8º-A da Lei nº 9.296/96, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, não faz esse tipo de exigência, limitando-se tão somente ao limite máximo da pena cominada ao delito, qual seja, ser superior a 4 anos.

O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. Da mesma forma como ocorre com a interceptação telefônica, a captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se

comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

Insta ainda destacar que inicialmente o art. 8-A, §2º, da Lei nº 9.296/96 foi vetado pelo Presidente da República, com a seguinte justificativa: "*A proposta legislativa gera insegurança jurídica, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, esvazia o dispositivo ao retirar de seu alcance a 'a casa', nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de 'casa' deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art. 150, §4º, do Código Penal (v.g. HC 82.788, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 12/04/2005).*" Contudo, com base no art. 66, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, o Congresso Nacional derrubou esse veto. Destarte, *é válida a instalação de dispositivos de captação ambiental realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou até mesmo no período noturno, qual seja, no lapso temporal compreendido entre as 21h (vinte e uma horas) e 5h (cinco horas), nos termos do art. 22, §1º, III, da Lei de Abuso de Autoridade, exceto na casa, em consonância com o art. 5º, XI, da Constituição Federal*.

O art. 8º-A, §4º, da Lei nº 9.296/96 também foi vetado pelo Presidente da República. Eis os motivos para tanto: *A proposta legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite a utilização como prova de infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v.g. Inq-QO 2.116, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno)*. **Ocorre que esse veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional**. Com isso, a gravação ambiental clandestina, executada sem o conhecimento do outro interlocutor, embora sem autorização judicial, *é possível ser empregada apenas em favor da defesa*, nas seguintes hipóteses consagradas pela jurisprudência: a) quando não há obrigação de guardar segredo (reserva da conversação); b) quando não restar caracterizado violação de sigilo; c) em razão de investida criminosa. Ex: Ofendido de corrupção passiva que grava a conversa travada com o funcionário público. Por fim, entenda-se como integridade da gravação aquela marcada pela integralidade e continuidade das conversas e imagens captadas.

Regra importante: Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. Vale dizer, aos assuntos não tratados em lei para a captação ambiental adota-se, de forma subsidiárias, as regras específicas para a interceptação telefônica e telemática.

CRIMES

Estabelece o art. 10º da Lei 9296/96:

> Art. 10 da Lei 9296/96: Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem

autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (redação dada pela Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019).

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa. (redação dada pela Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* deste artigo com objetivo não autorizado em lei (redação dada pela Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019).

Esse delito doloso pode ser cometido de 5 formas distintas:

a) Realização de interceptação sem autorização judicial: Tal conduta se dá com a captação ilegal da comunicação telefônica de outras pessoas, sem a ciência dos comunicadores. Para a sua caracterização é desnecessária a divulgação de informações.
b) Realização de interceptação com objetivos não autorizados em lei: Nessa situação, a interceptação é realizada com a prévia decisão judicial, todavia a medida visa alcançar outras finalidades.
c) Promover escuta ambiental com autorização judicial, porém com objetivos não autorizados em lei: Nessa situação, o agente responderá pelo art. 10, *caput*, da Lei nº 9.296/96. Contudo, se essa captação ambiental for praticada sem autorização judicial, o agente incorrerá na figura típica descrita no art. 10-A, *caput*, da Lei nº 9.296/96.
d) Quebra do segredo de justiça: Na espécie, o sujeito ativo não preserva o sigilo da interceptação telefônica consagrado no art. 8º da Lei 9296/96. Cuida-se de crime próprio, porquanto o sujeito ativo necessariamente deve ser alguém que tomou ciência legitimamente do teor de uma interceptação telefônica em decorrência do cargo, função ou profissão.
e) Execução de conduta descrita no *caput* com finalidade não autorizada em lei. Nessa situação, o sujeito ativo é a autoridade judiciária, porquanto tal medida somente pode ser autorizada por magistrado ante a cláusula de reserva jurisdicional.

Art. 10-A da Lei 9296/96: Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Essa figura típica foi criada pela Lei nº 13.964/19.

Cuida-se de um delito doloso que pune o fato de o agente realizar a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos sem a indispensável ordem judicial, quando esta for exigida. Repare ainda que existe o elemento específico de agir consubstanciado nas expressões “para investigação ou instrução criminal. Ausente esse dolo específico, não há que se falar no delito em comento.

Nota-se ainda que o fato é atípico quando essa captação ambiental for realizada por um dos interlocutores.

Por fim, haverá a incidência de causa de aumento (pena em dobro) ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o teor das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

1.5 - Lavagem de dinheiro

Ação controlada e infiltração de agentes

> Art. 1º da Lei 9613/98: Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.
>
> Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.
>
> (...)
>
> § 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.” (NR)

Para a apuração do crime em comento, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.

A ação controlada, também chamada de flagrante diferido, flagrante retardado ou flagrante postergado, cuida-se de uma técnica especial de investigação por meio do qual é postergado a ação dos órgãos estatais incumbidos da persecução penal para intervir no melhor momento sob o ponto de vista de obtenção de provas e de informações. Em resumo, embora o agente esteja em flagrante delito, a autoridade policial retarda a sua ação com o propósito de obter um maior número de provas e informações. Exemplo: Agentes da Polícia Federal sabem que determinado agente carrega uma tonelada de drogas em seu caminhão. Ao invés de prender em flagrante delito, os policiais decidem seguir o agente para descobrir em que local a droga seria entregue, propiciando a possibilidade de prisão de outros integrantes da organização criminosa.

A infiltração de agentes é uma técnica especial de investigação em que um agente da polícia, ocultando-se a sua verdadeira identidade, infiltra-se no seio de um grupo criminoso com o escopo de colher o maior número de informações possíveis sobre esses agentes, tais como divisão de tarefa, estrutura hierárquica, delitos por ela praticados, etc.

1.6 - Estatuto do desarmamento

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§1. Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

§ 2º Se as condutas descritas no caput e no § 1º deste artigo envolverem arma de fogo de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos."(Incluído pela Leinº 13.964/19)

Repare que os núcleos do tipo penal do art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento são os mesmos dos tipos penais descritos nos arts. 12 e 14 do aludido Estatuto, porém o objeto material é diverso, vez que estamos diante de arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito. Possuir (núcleo do tipo penal do art. 12 da Lei 10.826/03), deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar. Em resumo, art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento unificou as condutas de posse (art. 12) e porte (art. 14), versando, porém, sobre arma de fogo, acessório ou munição de usos restrito.

Em que pese o *nomen iuris* do delito do art. 16 da Lei 10826/03 seja porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o delito em análise não se restringe à conduta de portar arma de fogo, acessório ou munição, de uso proibido ou restrito. Além de portar, as ações nucleares são possuir, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar. Estamos diante de um crime de ação múltipla, também conhecido como de conteúdo

variado ou tipo misto alternativo, ou seja, a realização de mais de uma conduta típica, em relação ao mesmo objeto material, constitui crime único, conforme determina o princípio da alternatividade.

Objetividade jurídica: É a incolumidade pública, eis que o sentido da norma penal é evitar que pessoas armadas possam colocar em risco a tranquilidade social.

Sujeito ativo: É um crime comum (ou geral), porquanto pode ser cometido por qualquer pessoa. Se o delito for praticado pelas pessoas citadas nos arts. 6º, 7º e 8º, da Lei 10826/03 ou se o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza, a pena é aumentada em metade (art. 20 do Estatuto do Desarmamento[45]).

Sujeito passivo: É a coletividade. É um crime vago.

Objeto material: Arma de fogo, acessório ou munição, de uso restrito. Se a arma de fogo for de uso permitido, o delito será o do artigo 14 da Lei nº 10.826/03. Se a arma de fogo, ainda que de uso permitido, estiver com a numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, o delito será o do artigo 16, §1º, IV, do Estatuto do Desarmamento. OBS: Portar arma de brinquedo, simulacro ou réplica é fato atípico, vez que não é arma de fogo.

Pluralidade de armas de uso restrito: Responderá por um único delito de porte ilegal de arma de uso restrito (art. 16 do Estatuto do Desarmamento), não se aplicando a regra do concurso formal de crimes, pois restará caracterizada uma situação única de risco à coletividade. Todavia, o magistrado pode levar em conta a quantidade de armas no momento da fixação da pena-base (circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal).

O delito de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito, descrito no art. 16 da Lei 10826/03, tentados ou consumados, passou a ser considerado crime hediondo com o advento da Lei nº 13.497/17, que fez um acréscimo no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8072/90. Contudo, com o ingresso da Lei nº 13.964/19 no ordenamento jurídico pátrio, deixou de ser etiquetado como hediondo o delito de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito. No ponto, houve uma *novatio legis in mellius*, que terá eficácia retroativa. Vale dizer, será hediondo apenas a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido. Vale ainda destacar que a Lei 13.964/19, conhecida como pacote anticrime, inseriu ainda mais dois delitos do Estatuto do Desarmamento no rol dos crimes hediondos, quais sejam, comércio ilegal de armas de fogo (art. 17 do Estatuto do Desarmamento) e tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (art. 18 do Estatuto do Desarmamento), segundo se infere do art. 1º, parágrafo único, incisos III e IV, da Lei nº 8.072/90.

Núcleo do tipo penal: São 14 condutas que caracterizam esse crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, também chamado de tipo misto alternativo, ou seja, ainda que violado mais de um verbo do tipo

---

[45] Art. 20 da Lei 10826/03: Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se: I - forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei; II – o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza.

penal, na mesma situação fática, o delito será único, não havendo se falar em concurso de crimes. Vejamos os núcleos do tipo penal do art. 14 do Estatuto do Desarmamento:

Possuir: ter a posse da arma de fogo, acessório ou munição, de uso proibido ou restrito, como possuidor ou proprietário, de maneira prolongada.

Portar: trazer a arma consigo sem a licença da autoridade competente. Exemplos: trazer a arma na roupa, na maleta, etc.

Deter: ter, de forma transitória, por um curto período de tempo, sem o ânimo de posse ou propriedade;

Adquirir: Obter, gratuita ou onerosamente. Exemplo: comprar uma arma de fogo; trocar a arma por algo;

Fornecer: abastecer, dar, prover. Exemplo: dar arma de fogo para alguém. Não confunda com o tipo penal do art. 17 do Estatuto do Desarmamento (comércio ilegal de arma de fogo), pois nesse último há uma atividade econômica.

Receber: aceitar.

Ter em depósito: Reter a arma para dela dispor quanto necessário. Exemplo: guardar arma de fogo em um galpão.

Transportar: Levar a arma de um lugar para outro, por qualquer meio de transporte. Exemplo: levar a arma no porta-malas do carro, em barco, etc.). Assim, transporte de arma de fogo no interior do veículo configura o delito de porte ilegal de arma de uso proibido ou restrito (art. 16 do Estatuto do Desarmamento) e não o delito de posse (art. 12 do Estatuto do Desarmamento).

Ceder, ainda que gratuitamente: Permitir o uso, ainda que sem qualquer contraprestação ou finalidade de lucro. Exemplo: Deixar o primo usar a arma de fogo de uso proibido ou restrito.

Emprestar: Entregar a arma para alguém fixando prazo para a devolução. Exemplo: Emprestar a arma para o tio durante o feriado).

Remeter: Enviar a arma de um local para o outro, sem acompanhar o objeto. Exemplo: Enviar a arma pelo correio.

Empregar: Usar, utilizar. **OBS 1**: O emprego da arma poderá caracterizar outro delito autônomo ou evidenciar o concurso de crime entre o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e outro delito (ex: homicídio, ameaça, etc.). O delito de porte de arma será absorvido pelo crime de homicídio, desde que o primeiro crime sirva como meio necessário para a prática do homicídio, sendo, assim, considerado um *ante factum* impunível, com base no princípio da consunção. Em outras palavras, o agente emprega a arma unicamente para cometer o delito de homicídio (crime mais grave), aplicando-se na espécie o princípio da consunção. Todavia, haverá o concurso de crime caso o porte não tenha sido o meio necessário para o homicídio, tendo as condutas ocorridas em contextos fáticos diversos. Exemplo: O agente, após cometer o delito de homicídio

na data de 05 de maio de 2018, é encontrando com a mesma arma em via pública na data de 07 de maio de 2018. **OBS 2**: Não há concursos de crime entre porte de arma e roubo quando forem praticados no mesmo contexto fático, pois o emprego de arma de fogo já funciona como causa especial de aumento de pena descrita no art. 157, §2º-A, I, do Código Penal (redação dada pela Lei nº 13.654/18). Logo, o porte de arma fica absorvido pelo princípio da consunção, pois apresenta-se como *ante factum* impunível, ou seja, há uma relação de dependência ou de subordinação entre as duas condutas. O fato de o delito ora em análise não atrapalha em nenhum momento a sua absorção pelo crime de roubo. Contudo, se forem praticados em contexto fático diverso, existirá o concurso de crimes entre o porte de arma e o roubo (aplica-se o mesmo raciocínio já explicitado para o delito de homicídio). **OBS 3**: Segundo jurisprudência do STJ, não há que se falar em aplicação do princípio da consunção quando dos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e disparo de arma de fogo são praticados em momentos diversos, em contextos distintos (Conflito de Competência de nº 134342/GO, julgado em 22/04/2015).

Manter sob guarda: conservar a arma sob seu cuidado em nome de terceiro. Exemplo: Guardar a arma para um amigo no armário da escola enquanto ele viaja.

Ocultar: esconder a arma. Exemplo: Enterrar a arma numa praça após matar alguém.

Elemento subjetivo do tipo: É o dolo, ou seja, vontade livre e consciente de praticar qualquer uma das 14 condutas referente ao porte ilegal de arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito.

Elemento normativo do tipo: diz respeito à expressão "sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Questão: Conselheiro do Tribunal de Contas pode ter posse de munição de arma de uso restrito?

Essa questão foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça que entendeu não ter o conselheiro do Tribunal de Contas cometido o delito do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, em razão de equiparação aos magistrados descrita no art. 73, §3º, da Constituição Federal[46]. Assim, o caso é solucionado pelo art. 33, V, da Lei Complementar de nº 35/79 (LOMAN) que garante aos magistrados o porte de arma para uso pessoal, não fazendo qualquer distinção entre arma de uso permitido ou arma de uso restrito.

PENAL. ART. 16 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS EQUIPARADO A DESEMBARGADOR. LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA. DIREITO A PORTE DE ARMA PARA DEFESA PESSOAL. NÃO DISCRIMINAÇÃO NA LOMAN ENTRE ARMA DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DE

---

[46] Art. 73, §3º, da CF: Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

NORMAS INFRALEGAIS EM MATÉRIA RELATIVA A DIREITOS E PRERROGATIVAS DA MAGISTRATURA. ATIPICIDADE.

1. O art. 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) é norma penal em branco que delega à autoridade executiva definir o que é arma de uso restrito. A norma infralegal não pode, contudo, revogar direito previsto no art. 33, V, da Lei Complementar n. 35/1979 - Lei Orgânica da Magistratura - e que implique ainda a criminalização da conduta.

2. A prerrogativa constante na LOMAN não faz distinção do direito ao porte de arma e munições de uso permitido ou restrito, desde que com finalidade de defesa pessoal dos magistrados. Paralelismo entre magistrado de segundo grau e conselheiro de tribunal de contas estaduais reconhecido constitucionalmente.

3. Não se trata de hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas de invasão de competência reservada àquela por força do art. 93 da Constituição de 1988, que prevê lei complementar para o Estatuto da Magistratura. Conflito de normas que se resolve em favor daquela mais benéfica para abranger o direito também em relação à arma e munição de uso restrito.

4. A Portaria do Comando do Exército n. 209/2014 autoriza membro do Ministério Público da União ou da magistratura a adquirir até duas armas de uso restrito (ponto 357 Magnum e ponto 40) sem mencionar pistolas 9mm. É indiferente reconhecer a abolitio criminis por analogia, diante de lei própria a conferir direito de porte aos magistrados.

5. Denúncia julgada improcedente com fundamento no art. 386, III, do CPP.

(APn 657/PB, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2015, DJe 29/10/2015)

Consumação: Cuida-se de crime de mera conduta e de perigo abstrato. De tal arte, o crime se consuma com a simples realização de uma das 14 (catorze) condutas descritas no tipo penal, independente da produção de qualquer resultado naturalístico.

Tentativa: É possível. Exemplo: o agente tenta adquirir uma arma de fogo de uso restrito.

Ação Penal: Pública Incondicionada

Figuras equiparadas: O parágrafo primeiro do art. 16 do Estatuto do Desarmamento preconiza, na verdade, seis crimes autônomos e distintos daquele contido no *caput* do art. 16 do citado diploma legal. Vale dizer, os seis incisos do art. 16 referem-se a seis distintas hipóteses de crime que aproveitam tão somente a pena prevista para o art. 16, *caput*, da Lei 10.826/03. Essa conclusão deriva facilmente da leitura do inciso II, que prevê como criminosa a conduta de quem modifica arma de fogo para torná-la equivalente às de uso proibido ou restrito – fazendo alusão, obviamente, às de uso permitido que venham a ser alteradas.

Art. 16, §1º, da Lei 10.826/03: Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato.

Esse delito visa punir a ação do agente que dificulta a identificação do responsável por determinada arma de fogo ou artefato. Logo, o bem jurídico tutelado é a veracidade do cadastro das armas no SINARM.

Suprimir significa eliminar totalmente, retirar o sinal de identificação. Alterar corresponde a modificar, mudar, rasurar o sinal de identificação.

O Objeto material é a marca, numeração ou qualquer outro sinal de identificação de arma de fogo de qualquer uso permitido e calibre ou de artefato (explosivo ou incendiário). Observe que o objeto material também pode ser uma arma de fogo de uso permitido. Assim, no momento em que essa arma de fogo de uso permitido é "raspada", ela é equiparada à arma de uso restrito (art. 16, § único, I, da Lei 10826/03).

Essa figura típica pode ser cometida por qualquer pessoa (crime comum). O art. 16, § 1º, I, da Lei 10826/03 visa **punir o autor da modificação ou alteração**. Assim, se o agente não tiver sido o autor da modificação ou alteração responderá pela prática delitiva descrita no art. 16, §1º, IV, da Lei 10826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito).

Art. 16, §1º, da Lei 10.826/03: Nas mesmas penas incorre quem:

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torna-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz.

Essa figura típica divide-se em duas partes.

A primeira conduta (modificar as características da arma de fogo de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso restrito) protege a incolumidade pública. Exemplo: O agente serra o cano da espingarda para aumentar o seu potencial lesivo.

A segunda conduta (modificar as características de arma de fogo para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz) protege a Administração da Justiça. Na verdade, o agente pratica uma espécie de fraude processual, pois visa alterar as características da arma de forma a dificultar o exame pericial. Exemplo: Trocar o cano da arma para dificultar o exame do confronto balístico. O delito se aperfeiçoa ainda que o agente não consiga enganar as autoridades (policiais e judiciárias) ou perito. Cuida-se de um crime formal. É uma figura especial quando cotejada com o art. 347 do CP (fraude processual[47]).

---

[47] Art. 347 do CP: Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa, ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

> Art. 16, §1º, da Lei 10.826/03: Nas mesmas penas incorre quem:
>
> III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A expressão fabricar significa manufaturar.

Observe que o objeto material nessa figura típica não é arma de fogo, acessório ou munição, mas sim artefato explosivo ou incendiário. Exemplo: granada, coquetel molotov, bomba de fabricação caseira, etc.

Essa figura típica derrogou o art. 253 do Código Penal[48] no tocante ao artefato explosivo. Em outras palavras, o art. 253 do CP continua em vigor no que se refere a gases tóxicos ou asfixiantes, bem como em relação a substâncias explosivas (ex: tolueno), porquanto o Estatuto do Desarmamento diz respeito apenas a artefato explosivo.

É importante ainda destacar que a granada de gás lacrimogêneo e a de gás de pimenta não se enquadram no conceito de explosivo para os fins do presente tipo penal. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI N.10.826/2003. PORTE DE ARTEFATO EXPLOSIVO. GRANADA DE GÁS LACRIMOGÊNEO/PIMENTA. INADEQUAÇÃO TÍPICA. RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. Explosivo é, em sentido amplo, um material extremamente instável, que pode se decompor rapidamente, formando produtos estáveis. Esse processo é denominado de explosão e é acompanhado por uma intensa liberação de energia, que pode ser feita sob diversas formas e gera uma considerável destruição decorrente da liberação dessa energia.
>
> 2. Não será considerado explosivo o artefato que, embora ativado por explosivo, não projete e nem disperse fragmentos perigosos como metal, vidro ou plástico quebradiço, não possuindo, portanto, considerável potencial de destruição.
>
> 3. Para a adequação típica do delito em questão, exige-se que o objeto material do delito, qual seja, o artefato explosivo, seja capaz de gerar alguma destruição, não podendo ser tipificado neste crime a posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta, porém, não impedindo eventual tipificação em outro crime.

[48] Art. 253 do CP: Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1627028/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 03/03/2017)

OBS: Transporte de granada sem motivação política não configura crime contra a segurança nacional. O agente que é preso com duas granadas de uso exclusivo do Exército que seriam utilizadas para roubar um banco não pratica crime do art. 12 da Lei nº 7.170/83. Isso porque não há, no presente caso, a motivação política, que consiste no "dolo específico" (elemento subjetivo especial do tipo) exigido para a configuração dos crimes de que trata a Lei de Segurança Nacional. Se o sujeito praticar uma conduta semelhante a esta, em tese, ele deverá responder pelo crime do art. 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) – Informativo 827 do STF

Art. 16, §1º, da Lei 10.826/03: Nas mesmas penas incorre quem:

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.

O crime em apreço visa proteger a incolumidade pública.

Essa figura típica mostrou-se ser uma importante inovação legislativa, já que o diploma anterior (Lei 9437/97) somente criminalizava a conduta do agente responsável pela supressão da numeração (art. 16, §1º, I, da Lei 10.826/03). De acordo com o Estatuto do Desarmamento, a mera conduta de o agente estar com a arma de fogo com identificação prejudicada configura o ilícito penal, independente de não saber quem realmente raspou a numeração da arma de fogo. Assim, a posse, ainda que em residência, ou o porte, de arma de fogo com numeração raspada, por si só, caracteriza o crime em tela.

OBS: Ainda que a arma de fogo seja de uso permitido, o agente comete o delito do art. 16, §1º, IV, da Lei 10.826/03 e não o delito do art. 12, da citada lei, se o artefato estiver com numeração raspada. Tema já enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Aquele que está na posse de arma de fogo com numeração raspada tem sua conduta tipificada no art. 16, parágrafo primeiro, e não no art. 12, caput, da Lei 10826/03, mesmo que o calibre do armamento corresponda a uma arma de uso permitido (Informativo 364 do STJ).

Questão: Haverá a prática delitiva do art. 16, §1º, IV, da Lei 10826/03 se o agente portar arma de fogo desmuniciada com sinal de identificação suprimido? A resposta é positiva, pois o delito é de perigo abstrato, não sendo necessário demonstrar que o artefato é capaz de lesionar alguém. Vejamos um julgado do STJ:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA (DESMUNICIADA). POSSIBILIDADE DE LESÃO REAL. AFERIÇÃO. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um inominado e indevido sucedâneo recursal. 2. Nos termos do entendimento majoritário das duas Turmas componentes da Terceira Seção, portar arma de uso permitido com numeração raspada (desmuniciada) é de perigo abstrato,

sendo desinfluente aferir se o artefato seja capaz de produzir lesão real a alguém. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ressalva do ponto de vista da relatora. 3. Ausência de ilegalidade flagrante, apta a fazer relevar a impropriedade da via eleita. 4. Writ não conhecido. (HC 223.759/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 05/11/2013)

Objeto material: Arma de fogo (de uso permitido ou de uso restrito) e de qualquer calibre, com a numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado (rasurado), suprimido (eliminado) ou adulterado (fraudado).

É um tipo misto alternativo, pois o cometido de duas ou mais condutas descritas no tipo não acarreta concurso de crimes, respondendo o agente somente por um delito.

Cuida-se de crime de mera conduta, cuja consumação se perfaz no exato momento da pratica de uma das condutas descritas no tipo penal.

Art. 16, §1º, da Lei 10.826/03: Nas mesmas penas incorre quem:

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente.

Inicialmente, vale destacar a figura típica em análise, por ser posterior, derrogou o art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente[49], que continua aplicável a arma de outra natureza, que não seja de fogo. Exemplo: Armas brancas.

Repare que o tipo penal possui destinatário próprio, qual seja, a arma de fogo, acessório ou munição têm que chegar ao menor de 18 anos de idade (criança e adolescente).

Questão: Quem deixa de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de idade ou deficiente mental se apodere de arma de fogo, que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, responde por esse delito? A resposta é negativa. No caso, a conduta se amoldará ao delito do art. 13 do Estatuto do Desarmamento, que é uma conduta culposa. Todavia, se quem apodera da arma é pessoa adulta (maior de 18 anos), o fato é atípico.

Questão: Por qual delito responde o agente que fornece, empresta ou cede dolosamente arma de fogo de uso permitido a pessoa maior de idade? Responderá pelo delito do art. 14 do Estatuto do Desarmamento (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido).

---

[49] Art. 242 do ECA: Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo.

Questão: Por qual delito responde o agente que fornece, empresta ou cede dolosamente arma de fogo de uso proibido a pessoa maior de idade? Responderá pelo delito do art. 16, §2º, do Estatuto do Desarmamento (porte ilegal de arma de fogo de uso proibido).

uestão: Por qual delito responde o agente que fornece explosivo a pessoa maior de idade? Responderá pelo delito do art. 253 do Código Penal. Todavia, se o destinatário for pessoa menor de 18 anos de idade, o crime será do art. 16, §1º, V, do Estatuto do Desarmamento.

> Art. 16, §1º, da Lei 10826/03: Nas mesmas penas incorre quem:
>
> VI – produzir, recarregar, ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Essa figura típica foi uma inovação legislativa face à lei anterior (lei 9.437/97). Os núcleos do tipo são: produzir (criar, elaborar), recarregar (dar nova carga), reciclar (reaproveitamento de alguma matéria), adulterar (modificar). A munição e o explosivo despontam como objeto material.

Também é um tipo penal misto alternativo, isto é, a prática de duas ou mais condutas descritas no tipo não gera concurso de crimes, respondendo o sujeito por somente um delito.

Consumação: É um crime de mera conduta. Assim, a consumação ocorre no exato instante da prática das condutas descritas no tipo penal.

De acordo com a Lei nº 13.964/19, diploma legal responsável por inserir o §2º no art. 16 do Estatuto do Desarmamento, se o objeto material da conduta descrita no *caput* ou no §1º desse artigo for arma de uso proibido, a pena será de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze). Trata-se de uma qualificadora, incidente, portanto, na primeira etapa do cálculo trifásico da pena. É crucial ainda destacar o magistério do professor Renato Brasileiro de Lima: *Importantíssimo registrar que o §2º do art. 16, aparentemente olvidando-se que as condutas previstas no caput e no § 1º (incisos V e VI) do mesmo dispositivo legal abrangem não apenas armas de fogo, mas também acessórios e munição, fez menção explícita apenas às armas de fogo de uso proibido. Destarte, na eventualidade de se tratar de posse ou porte de acessório ou de munição de uso proibido, não nos parece possível tipificar tal conduta no art. 16, §2º, da Lei nº 10.826/03, sob pena de indevida analogia in malam partem e consequentemente violação ao princípio da legalidade. De fato, fosse essa a intenção do legislador, o §2º do art. 16 deveria ter sido redigido nos seguintes termos: " Se as condutas descritas no caput e no §1º deste artigo envolverem arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 anos. Ante o vazio legislativo em relação ao acessório ou munição de uso proibido, e sem embargo de o caput do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, fazer referência apenas aos artefatos de uso restrito, queremos crer que tais condutas*

deverão ser tipificadas nesta figura do caput, fazendo-se, in casu, verdadeira analogia, porém in bonam partem[50].

Comércio ilegal de arma de fogo

> Art. 17 da Lei 10826/03: Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> §1º. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência.
>
> §2º. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Inicialmente, cumpre destacar que a contar da data de **23 de janeiro de 2020**, momento em que passa a vigorar a Lei nº 13694/19, diploma legal conhecido como pacote anticrime, o delito em estudo estará inserido no rol dos crimes hediondos, nos exatos termos do art. 1º, parágrafo único, III, da Lei nº 8.072. Cumpre ainda destacar que a Lei nº 13.694/19 promoveu 2 grandes alterações no crime de comércio ilegal de arma de fogo: 1) Majorou a pena de reclusão para 6 a 12 anos; 2) Previu a figura equiparada no art. 17, §2º, do Estatuto do Desarmamento, incriminando a conduta de quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

Com a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, o art. 18 do Decreto-Lei 3688/41[51] restou derrogado (revogação parcial), tendo sua aplicabilidade restringida às armas brancas.

---

[50] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Legislação Especial Criminal Comentada*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, páginas 463/464.

[51] Art. 18 do Dec-Lei nº 3688/41: Fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição:

Pena – prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas cumulativamente, se o fato não constitui crime contra a ordem política ou social.

Em virtude do **princípio da especialidade**, o art. 17 da lei nº 10826/03 é especial em relação à receptação qualificada (art. 180, §1º, do Código Penal), afastando sua aplicação.

Objetividade jurídica: É a incolumidade pública. A intenção do legislador é evitar que armas ilegais, acessórios ou munições circulem pelo país.

Sujeito ativo: Cuida-se de **crime próprio**, eis que o tipo penal exige uma qualidade especial do agente, qual seja, ser comerciante ou industrial. Além do mais, o art. 17, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento ampliou o conceito de atividade comercial ou industrial para equipará-las como qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino.

Dessa forma, o armeiro que, sem a autorização competente, faz consertos de arma de fogo no quintal de sua casa, responde também pelo crime, pois o parágrafo primeiro em comento incrimina qualquer forma de prestação de serviço. Já o sujeito que não exerce atividade comercial, industrial ou de prestação de serviço não responde por este delito, mas pode incidir nos crimes de posse ou porte de arma de fogo (art. 12, 14 e 16, todos do Estatuto do Desarmamento).

OBS: Se o delito for cometido por qualquer das pessoas enumeradas nos arts. 6º, 7º e 8º da Lei 10826/03 ou se o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza, a pena será aumentada em metade.

Sujeito passivo: É a coletividade. Cuida-se de um crime vago.

Objeto material: Arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido ou proibido (restrito). Contudo, se a arma de fogo, acessório ou munição for de uso proibido ou restrito, incidirá a causa de aumento em metade, nos moldes do previsto no art. 19 do Estatuto do Desarmamento[52].

Núcleos do tipo penal: As condutas são aquelas típicas de comerciantes e industriais: Adquirir, Alugar (ceder o uso e gozo por determinado período mediante pagamento de preço), Receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar (separar as peças), montar (unir peças isoladas para obter uma arma de fogo), remontar (montar novamente aquilo que foi desmontado), adulterar, vender, expor à venda (exibir para que alguém compre), utilizar (usar). Cuida-se de um tipo penal misto alternativo, ou seja, a prática de duas ou mais condutas não acarreta o concurso de crimes, respondendo o agente por apenas um delito.

Elemento normativo do tipo: refere-se aos termos "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Dessa forma, comete o crime o sujeito que não tem autorização para vender arma, ou aquele que descumpre determinação legal ou regulamentar.

Elemento subjetivo do tipo: É o dolo, isto é, vontade livre e consciente de praticar qualquer conduta envolvendo o comércio ilegal de arma de fogo, acessório ou munição. Não existe a modalidade culposa.

---

[52] Art. 19 da Lei 10826/03: Nos crimes previstos nos arts. 17 e 18, a pena é aumentada da metade se a arma de fogo, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito.

Consumação: Cuida-se de crime de mera conduta, cuja consumação se dá no exato momento da ação, independente do resultado.

Tentativa: É possível. Exemplo: O agente tenta adquirir arma de fogo.

Também estamos diante de um crime de perigo abstrato, pois essa figura criminosa dispensa a demonstração que pessoa determinada tenha sido exposta a efetiva situação de risco.

Ação Penal: Pública Incondicionada.

Figura equiparada: Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, **a agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. Trata-se de importante inovação legislativa trazida pela Lei nº 13694/19, diploma legal conhecido como pacote anticrime, com vigência prevista para 23 de janeiro de 2020. Por óbvio, essa norma não tem eficácia retroativa, por ser uma *novatio legis* incriminadora, tudo em conformidade com o art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, observa-se a criação de uma nova técnica especial de investigação e também de atuação do agente policial, qual seja, a figura do **agente policial disfarçado**, que não deve ser confundida com o agente infiltrado[53] e nem com o agente provocador[54]. Repare que a figura do agente policial disfarçado não induz alguém a praticar crime (elemento existente no agente provocador) e tampouco necessita cativar a confiança dos integrantes do grupo criminoso (elemento existente no agente infiltrado), caracterizando-se pelo fato de o policial, sem relevar a sua verdadeira identidade, apresentar-se como um cidadão comum ao criminoso e, em virtude dessa situação, conseguir dados de conduta criminosa preexistente do agente. O pressuposto fundamental para que a validade dessa atuação policial é a demonstração de dados probatórios aptos a revelar que o agente cometeu antes uma conduta criminosa, fato proporcionado pelo disfarce. A *mens legis* dessa figura típica foi justamente incriminar a conduta do agente que vende ou entrega arma a um agente policial disfarçado, sem que tal comportamento configure crime impossível ou flagrante preparado. Observa-se que em nenhum momento a vontade do criminoso é viciada pelo agente estatal. Todavia, se a investigação levada ao cabo pelo policial não revelar a conduta criminosa preexistente (ex: vendedor casual de objetos ilícitos), é de se descartar a presente figura típica.

---

[53] Agente infiltrado é aquele que ingressa na sociedade criminosa com o escopo de colher informes com a finalidade de obter o seu desmantelamento. O agente infiltrado não age com o indispensável *animus associativo*, pois visa justamente a destruição desse grupo criminoso.

[54] O agente provocador (teoria da armadilha ou entrapment) está relacionado com a situação do flagrante preparado (ou provocado ou delito putativo por obra do agente provocador), ou seja, o agente induz os integrantes da organização criminosa à prática delituosa e, simultaneamente, toma todas as precauções necessárias para que o delito não se consume, aplicando-se, no ponto, a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação)

1.7 - Tráfico internacional de armas

> Art. 18 da Lei 10826/03: Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:
>
> Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

Vale acentuar que a contar da data de **23 de janeiro de 2020**, momento em que passa a vigorar a Lei nº 13694/19, diploma legal conhecido como pacote anticrime, o delito em estudo estará inserido no rol dos crimes hediondos, nos exatos termos do art. 1º, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.072. Cumpre ainda destacar que a Lei nº 13.694/19 promoveu 2 grandes alterações no crime de comércio ilegal de arma de fogo: 1) Majorou a pena de reclusão para 8 a 16 anos; 2) Previu a figura equiparada no art. 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, incriminando a conduta de quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Objetividade jurídica: Incolumidade pública. A intenção do legislador é evitar o comércio internacional e irregular de arma de fogo, acessório ou munição.

Sujeito ativo: Crime comum (ou geral), pois pode ser cometido por qualquer pessoa. De acordo com o art. 20 do Estatuto do Desarmamento, se o delito for praticado por qualquer das pessoas elencadas nos arts. 6º, 7º e 8º da Lei 10826/03 ou se o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza, a pena será aumentada em metade.

Sujeito passivo: É a coletividade. Cuida-se de crime vago.

Núcleos do tipo penal: Trata-se de **tipo penal misto alternativo**, isto é, a prática de duas ou mais condutas previstas no tipo não acarreta em concurso de crimes, de modo de que o agente responde por somente um crime. São essas as condutas: a) Importar – ingressar em território nacional por terra, água ou ar; b) Exportar – sair do território nacional por terra, água ou ar; c) favorecer a entrada ou saída do território nacional significa prestar auxílio para a entrada ou saída dos limites do país.

Objeto material: Arma de fogo, acessório ou munição. Todavia, se a arma de fogo for de uso restrito ou proibido, haverá a aplicação da causa de aumento em metade, nos exatos termos do art. 19 da Lei 10826/03.

Questão: Haverá esse crime do art. 18 da Lei 10826/03 se a arma for de brinquedo, simulacro ou réplica de armas de fogo?

A resposta é negativa. Contudo, insta ressaltar que o art. 26 do Estatuto do Desarmamento proíbe a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de arma de fogo.

Em razão dessa previsão legal, a importação dessas mercadorias é proibida. Dessa forma, a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de arma de fogo caracteriza o delito de contrabando descrito no art. 334-A do Código Penal[55].

Questão: Responderá pelo delito do art. 18 do Estatuto do Desarmamento se o objeto material for explosivo?

A resposta é negativa, haja vista que o art. 18 da Lei 10826/03 nada mencionou acerca de explosivo, porém o agente responderá pelo crime de contrabando (art. 334-A do Código Penal).

Em homenagem ao **princípio da especialidade**, não se se aplica o delito de facilitação ao contrabando ou descaminho (art. 318 do CP[56]) e nem o crime de contrabando (art. 334-A) quando o **objeto material da prática delituosa for arma de fogo, acessório ou munição**.

Elemento subjetivo: É o dolo, ou seja, vontade livre e consciente de praticar qualquer conduta referente ao tráfico internacional de armas. Não existe a figura culposa.

Elemento normativo: verifica-se na expressão "sem autorização da autoridade competente". No caso, a autoridade competente é o Comando do Exército, segundo se infere do art. 24 do Estatuto do Desarmamento, *verbis*:

Art. 24 da Lei 10826/03: Excetuadas as atribuições a que se refere o art. 2º desta Lei, compete ao Comando do Exército autorizar e fiscalizar a produção, exportação, importação, desembaraço alfandegário e o

---

[55] Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. §1º Incorre na mesma pena quem: I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. § 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

[56] Art. 318 do CP: Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

comércio de armas de fogo e demais produtos controlados, inclusive o registro e o porte de trânsito de arma de fogo de colecionadores, atiradores e caçadores.

Competência: Esse delito será processado e julgado na Justiça Federal por existir interesse da União Federal no tocante ao exercício de fiscalização sobre a zona alfandegária (art. 109, IV, da Constituição Federal[57]).

Consumação: Cuida-se de crime de mera conduta. Logo, consuma-se no exato instante em que é praticada cada uma das condutas descritas no tipo penal.

Tentativa: É possível.

Figura equiparada: Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente." Trata-se de importante inovação legislativa trazida pela Lei nº 13694/19, diploma legal conhecido como pacote anticrime, com vigência prevista para 23 de janeiro de 2020. Por óbvio, essa norma não tem eficácia retroativa, por ser uma *novatio legis* incriminadora, tudo em conformidade com o art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, observa-se o surgimento de uma nova técnica especial de investigação e também de atuação do agente policial, qual seja, a figura do **agente policial disfarçado**, que não deve ser confundida com o agente infiltrado[58] e nem com o agente provocador[59]. Repare que a figura do agente policial disfarçado não induz alguém a praticar crime (elemento existente no agente provocador) e tampouco necessita cativar a confiança dos integrantes do grupo criminoso (elemento existente no agente infiltrado), caracterizando-se pelo fato de o policial, sem relevar a sua verdadeira identidade, apresentar-se como um cidadão comum ao criminoso e, em virtude dessa situação, conseguir dados de conduta criminosa preexistente do agente. O pressuposto fundamental para que a validade dessa atuação policial é a demonstração de dados probatórios aptos a revelar que o agente cometeu antes uma conduta criminosa, fato proporcionado pelo disfarce. A

---

[57] Art. 109 da CF: Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

[58] Agente infiltrado é aquele que ingressa na sociedade criminosa com o escopo de colher informes com a finalidade de obter o seu desmantelamento. O agente infiltrado não age com o indispensável *animus associativo*, pois visa justamente a destruição desse grupo criminoso.

[59] O agente provocador (teoria da armadilha ou entrapment) está relacionado com a situação do flagrante preparado (ou provocado ou delito putativo por obra do agente provocador), ou seja, o agente induz os integrantes da organização criminosa à prática delituosa e, simultaneamente, toma todas as precauções necessárias para que o delito não se consume, aplicando-se, no ponto, a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação)

mens legis dessa figura típica foi justamente incriminar a conduta do agente que vende ou entrega arma, em operação de importação, a uma agente policial disfarçado, sem que tal comportamento configure crime impossível ou flagrante preparado. Observa-se que em nenhum momento a vontade do criminoso foi viciada pelo agente estatal. Todavia, se a investigação levada ao cabo pelo policial não revelar a conduta criminosa preexistente (ex: vendedor casual de objetos ilícitos), é de se descartar a presente figura típica.

Banco Nacional de Perfil Balístico

A lei 13.694/19 criou o Banco Nacional de Perfil Balístico (art. 34-A do Estatuto do Desarmamento).

Os dados relacionados à coleta de registros balísticos serão armazenados no **Banco Nacional de Perfis Balísticos.**

O Banco Nacional de Perfis Balísticos tem como objetivo cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo.

O Banco Nacional de Perfis Balísticos será constituído pelos registros de elementos de munição deflagrados por armas de fogo relacionados a crimes, para subsidiar ações destinadas às apurações criminais federais, estaduais e distritais. Esse Banco será gerido pela unidade oficial de perícia criminal.

Os dados constantes do Banco Nacional de Perfis Balísticos terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional de Perfis Balísticos.

A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional de Perfis Balísticos serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.

1.8 - Lei de drogas

Venda ou entrega de droga ou material destinado à preparação de drogas a agente policial disfarçado

> Art. 33, §1º, IV, da Lei 11343/06: vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Figura equiparada: vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. Trata-se de importante inovação legislativa trazida pela Lei nº 13694/19, diploma legal conhecido como pacote anticrime, com vigência prevista para 23 de janeiro de 2020. Por óbvio, essa norma não tem eficácia retroativa, por ser uma *novatio legis* incriminadora, tudo em conformidade com o art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, observa-se a criação de uma nova técnica especial de investigação e também de atuação do agente policial, qual seja, a figura do **agente policial disfarçado**, também denominado de agente encoberto, que não deve ser confundida com o agente infiltrado[60] e nem com o agente provocador[61]. Repare que a figura do agente policial disfarçado não induz alguém a praticar crime (elemento existente no agente provocador) e tampouco necessita cativar a confiança dos integrantes do grupo criminoso (elemento existente no agente infiltrado), caracterizando-se pelo fato de o policial, sem relevar a sua verdadeira identidade, apresentar-se como um cidadão comum ao criminoso e, em virtude dessa situação, conseguir dados de conduta criminosa preexistente do agente. O pressuposto fundamental para que a validade dessa atuação policial é a demonstração de dados probatórios aptos a revelar que o agente cometeu antes uma conduta criminosa, fato proporcionado pelo disfarce. A *mens legis* dessa figura típica foi justamente incriminar a conduta do agente que vende ou entrega droga ou material destinado à produção de drogas a um agente policial disfarçado, sem que tal comportamento configure crime impossível ou flagrante preparado. Observa-se que em nenhum momento a vontade do criminoso é viciada pelo agente estatal. Todavia, se a investigação levada ao cabo pelo policial não revelar a conduta criminosa preexistente (ex: vendedor casual de objetos ilícitos), é de se descartar a presente figura típica.

OBS: A figura do agente policial disfarçado somente tem cabimento nas estritas hipóteses estabelecidas em lei, ou seja, em relação aos delitos de **comércio ilegal de arma de fogo** (art. 17, §2º, do Estatuto do Desarmamento), **tráfico internacional de arma de fogo** (art. 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento) e **tráfico de drogas** (art. 33, §1º, IV, da Lei nº 11.343/06), sendo vedado o emprego desse meio especial de investigação para outras infrações penais. Esse é o entendimento do professor Renato Brasileiro de Lima:

> " Por se tratar, o agente policial disfarçado, de meio de obtenção de prova, sua utilização deve atender a divergências exigências, dentre elas a reserva de lei, expressão do princípio da legalidade (CF, art. 5º, caput, e incisos II e LIV). Logo, a lei processual penal que o disciplina deve ser prévia, escrita e estrita. Destes atributos decorrem a anterioridade e especificidade da norma processual penal restritiva de direito fundamental. Logo, partindo da premissa de que o Pacote Anticrime introduziu o agente policial disfarçado apenas no Estatuto do Desarmamento e na Lei

[60] Agente infiltrado é aquele que ingressa na sociedade criminosa com o escopo de colher informes com a finalidade de obter o seu desmantelamento. O agente infiltrado não age com o indispensável *animus associativo*, pois visa justamente a destruição desse grupo criminoso.

[61] O agente provocador (teoria da armadilha ou entrapment) está relacionado com a situação do flagrante preparado (ou provocado ou delito putativo por obra do agente provocador), ou seja, o agente induz os integrantes da organização criminosa à prática delituosa e, simultaneamente, toma todas as precauções necessárias para que o delito não se consume, aplicando-se, no ponto, a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação)

de Drogas, e exclusivamente em relação a determinados delitos, não se pode querer utilizá-lo para a apuração de todo e qualquer crime, por mais relevante e eficaz que seja.[62]

1.9 - Identificação criminal

Art.5º-A da Lei 12037/09: Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. (Incluído pela Lei nº 12654, de 2012).

§1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12654, de 2012)

§2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (Incluído pela Lei nº 12654, de 2012)

As informações advindas da coleta do perfil genético deverão ser guardadas em bancos de dados, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

Chamo a atenção de vocês para destacar que o legislador estabelece o **caráter sigiloso dos bancos de dados de perfil genético** e ainda **proíbe que tais informes sejam empregados para fins alheios à identificação criminal**, respondendo o agente na esfera civil, penal[63] e administrativa se desobedecer tal comando.

De acordo com o art. 6º da Lei 12037/09, **é vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal**, **antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**.

De formar a preservar a imagem da pessoa identificada criminalmente, no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou a réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil (art. 7º da Lei 12.037/09).

[62] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 8ª ed. Salvador: JusPodvm, 2020, p. 1063.

[63] Art. 325, §1º, do Código Penal (Violação de sigilo funcional): Nas mesmas penas deste artigo incorre quem permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistema de informações ou banco de dados da Administração Pública).

Repare que a lei autoriza a retirada apenas da identificação fotográfica dos autos. Vale dizer, as identificações datiloscópica e genética devem permanecer encartadas nos autos.

Questão: Quando haverá o arquivamento definitivo do inquérito?

Quando o pedido deferido pelo magistrado produzir coisa julgada formal e material. Exemplo: Pedido de arquivamento deferido com base na atipicidade material da conduta. Logo, quando o arquivamento gerar apenas a coisa julgada formal (exemplo: Ausência de provas para a deflagração da ação penal – art. 18 do CPP) não há que se falar em retirada da identificação fotográfica.

A exclusão dos perfis genético dos bancos de dados ocorrerá no termo estabelecido em lei para a prescrição (da pretensão punitiva ou da pretensão executória) do delito (art. 7º-A da Lei 12037/09). Embora a lei nada mencione acerca da manifestação do Ministério Público nesse procedimento de retirada da identificação fotográfica (ou dos perfis genéticos), como fiscal da lei o *Parquet* deve opinar, sob pena de nulidade.

Na forma do art. 7º-A da Lei nº 12.037/09, com acréscimo realizado pela Lei nº 13.964/19, a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados também ocorrerá: I - no caso de absolvição do acusado; ou II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

Questão: Qual é a medida cabível em caso de o magistrado indeferir a retirada da identificação fotográfica ou dos perfis genéticos?

Em caso de indeferimento do pedido de retirada, o identificado deve impetrar mandado de segurança.

Por fim, segundo o art. 7º-B da Lei 12037/09, a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. Assim, o Poder Executivo expediu o Decreto nº 7950/13 para instituir o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem a finalidade de armazenar dados de perfis genéticos para subsidiar ações voltadas à apuração de crimes. Já a Rede Integrada de Perfis Genéticos tem como meta compartilhar e comparar perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 13.964/19, responsável por inserir o art. 7º-C na Lei nº 12.037/09, foi autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do **Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais**. A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.

O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais. Esse Banco será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal. Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos **presos provisórios ou definitivo**s quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal. Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil. No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.

A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.

Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente. As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado.

É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

1.10 - Organizações criminosas

Varas Criminais Colegiadas

Com o advento da Lei nº 13.964/19 no ordenamento jurídico nacional abriu-se uma oportunidade para que os Tribunais criem Varas Criminais Colegiadas a fim de julgar delitos que envolvem organizações criminosas, nos exatos termos do art. 1º-A da Lei nº 12.694/2012.

Questão: Como será feita a instalação dessas Varas Criminais Colegiadas? Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, **mediante resolução**, **Varas Criminais Colegiadas** com competência para o processo e julgamento dos seguintes fatos ilícitos:

CRIMES DE PERTINÊNCIA A ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ARMADAS OU QUE TENHAM ARMAS À DISPOSIÇÃO
Crime de constituição de milícia (art. 288-A do CP)
Infrações penais conexas aos crimes citados acima nessa tabela

É importante ainda pontuar que essas Varas Criminais Colegiadas terão competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado. Ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados na tabela acima, o juiz deverá declinar da competência e **remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária**. Realizada essa remessa, a Vara Criminal Colegiada terá competência para todos os atos processuais posteriores, incluindo os da fase de execução.

Liderança de organização criminosa e proibição de progressão de regime e de livramento condicional

> Art. 2º da Lei 12850/13: Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.
>
> (...)
>
> § 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Com o advento da Lei nº 13.964/19, restou estabelecida a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena privativa de liberdade em estabelecimentos penais de segurança máxima aos líderes de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição. De acordo com o art. 3º, §1º, da Lei nº 11.671/08, incluído pela Lei nº 13.964/19, a inserção em estabelecimento prisional federal, com o objetivo de tutelar a segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as características a seguir: I – recolhimento em cela individual; II – visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; III – banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; IV – monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive correspondência escrita.

Qualquer condenado por integrar organização criminosa ou por crime cometido por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime ou obter livramento condicional se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Colaboração Premiada

Estabelece o art. 3º-A, 3º-B e 3º-C da Lei nº 12.850/13:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Com esse acréscimo promovido pela Lei nº 13.964/19, o art. 3º-A da Lei nº 12850/19 reforçou o entendimento doutrinário de que o acordo de colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova.

Importante inovação restou prevista no art. 3º-B da Lei nº 12.850/13, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, porquanto o *recebimento da proposta de formalização de acordo de delação premiada* fixa o início das negociações e representa o **marco de confidencialidade**. Logo, configura violação de sigilo e quebra de confiança e de boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento do sigilo por decisão judicial.

Repare ainda que casa não haja o indeferimento sumário da proposta de acordo de colaboração premiada, com a devida justificativa, as partes firmarão o indispensável Termo de confidencialidade para continuar as tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e obstará qualquer indeferimento posterior sem justa causa.

É de se destacar que o mero recebimento da proposta de colaboração para análise ou a assinatura do Termo de Confidencialidade **não implica, por si só, na suspensão da investigação**, salvo se existir acordo em sentido contrário no tocante à propositura de medidas processuais cautelares e assecuratórias, assim como medidas processuais cíveis admitidas na legislação processual civil em vigor.

Como vimos do art. 3º-C da Lei nº 12.850/12, a proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. Repare ainda que a **colaboração deve se restringir ao objeto da investigação**. O colaborador deve narrar todos os ilícitos que concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

Dispõe o art. 4º da Lei 12.850/13:

Art. 4º da Lei 12850/13: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração premiada referir-se a infração cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (redação dada pela Lei nº 13.964/19)

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no **caput** e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que

violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do **caput** deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - medidas cautelares reais ou pessoais; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em rápida análise, a ideia da colaboração premiada é fomentar a traição entre integrantes de grupos criminosos, tendo como contrapartida a entrega de um prêmio em sede de Direito Penal.

A colaboração premiada deita suas raízes no direito anglo saxão, do qual esxurge a expressão *crown witness* (testemunha da coroa). Esse instituto foi amplamente empregado pelo Estados Unidos no combate ao crime organizado e utilizado com enorme sucesso na Itália no combate aos delitos praticados pela máfia.

Colaboração premiada é um meio extraordinário de obtenção de prova em que o investigado ou réu (coautor ou partícipe) da infração penal, além de confessar o seu envolvimento na empreitada criminosa, aponta aos órgãos incumbidos da persecução penal dados informativos objetivos capazes de alcançar um ou mais objetivos descritos em lei, tendo como contrapartida um prêmio legal (perdão judicial, redução da pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos).

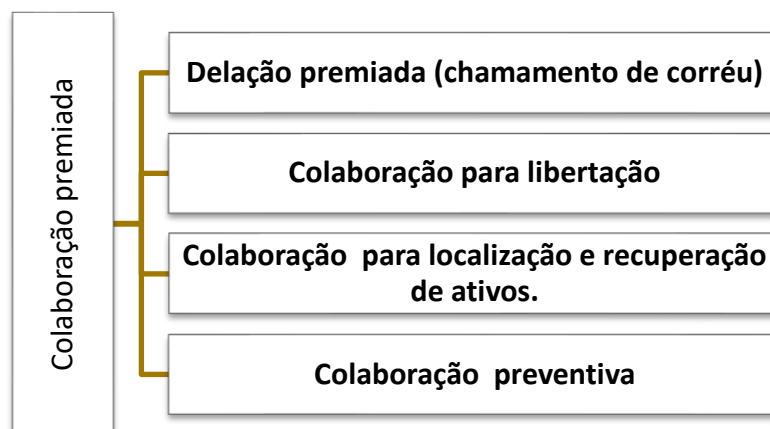
Esse **resultado** previsto em lei pode ser: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades das organizações criminosas; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa. (art. 4º da Lei 12.850/13)

Questão: Qual é a diferença entre colaboração premiada e delação premiada?

Colaboração premiada deve ser compreendida como **gênero**[64], do qual a **delação premiada** seria uma de suas **espécies**. **Delação premiada**, também conhecida como **chamamento de corréu**, ocorre quando o acusado, além de confessar a sua participação na empreitada criminosa, aponta também quem são os demais comparsas. Contudo, além de confessar o crime, o agente pode ajudar os órgãos de persecução penal sem delatar seus comparsas, noticiando, por exemplo, o local em que se encontra o produto do crime. Nesse caso não há delação premiada (espécie), mas existe colaboração premiada (gênero). Por oportuno, vale destacar que há ainda outras 3 espécies de colaboração premiada:

1) **Colaboração para libertação**: Ocorre quando o colaborador indica o local em que o ofendido está sequestrado, propiciando a sua liberação;

2) **Colaboração para localização e recuperação de ativos**: ocorre quando o colaborador noticia dados eficazes acerca do local do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais;

3) **Colaboração preventiva**: os informes prestados pelo colaborador são relevantes para impedir a prática de um novo delito ou para impedir a continuidade de uma conduta ilícita.

É interessante ressaltar a existência de uma posição minoritária (Natália Oliveira de Carvalho – A delação premiada no Brasil, editora *Lumen Juris*) que sustenta ser a colaboração premiada uma forma do Estado premiar a falta de caráter do delinquente, fomentando a traição, em total inversão de valores ínsitos à ordem social. Todavia, não é essa a posição dominante! Trago a posição de Renato Brasileiro de Lima, que muito bem refuta essa tese doutrinária: Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos não haver qualquer violação à ética, nem tampouco à moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso (omertã), além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que

[64] Observe que a própria Lei 12850/13 emprega a terminologia mais adequada, porquanto nos arts. 3º, I, 4º, 5º, 6º e 7º o termo emprego é colaboração premiada ao invés da expressão delação premiada.

tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis. Como lembra Cassio Granzinoli, "não é incomum a chefe de grupos de tráfico de drogas, por exemplo, determinarem (por vezes e por telefone e de dentro dos próprios presídios ondem cumprem penas) a execução de outros membros do grupo ou mesmo de pessoas de bem. Estarão eles, pois, preocupados com Ética, Moral, Religião e qualquer forma de controle social, diversa do Direito (uma vez que este prevê maior coerção para os atos que lhe são contrários)? Certamente que não.

Apesar de, sob certo aspecto, a existência da colaboração premiada representar o reconhecimento, por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar *sponte própria* todos os delitos praticados, a doutrina aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos, a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da 'lei do silêncio' que vige no seio das organizações criminosas; b) oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada.[65]

Questão: A motivação do agente colaborador interessa para os órgãos incumbidos da persecução penal? Os motivos que levaram o colaborar a noticiar dados relevantes tem alguma importância para o Estado?

A resposta é negativa. Pouco importa a razão que levou o colaborador a prestar as informações (tristeza, vingança, justiça, remorso, interesse nos prêmios legais, etc.), desde que os informes prestados sejam verdadeiros.

É certo que qualquer pessoa investigada goza do direito constitucional de permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII[66]), que é um desdobramento do direito a não autoincriminação (princípio *nemo tenetur se detegere*). Em razão disso, indago-lhe: **É constitucional o art. 4º, §14, da Lei 12.850/13 (Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade)**?

Antes de responder essa pergunta, é indispensável realizar algumas ponderações. É possível **renunciar** ao direito constitucional ao silêncio? A doutrina majoritária entende que o legislador se equivocou ao utilizar o verbo renunciar, porquanto o direito fundamental ao silêncio, previsto na CF (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, §2º, "g"), não admite renúncia em virtude de seu **caráter indisponível**. A interpretação correta a ser feita não é a de renúncia ao direito de permanecer em silêncio, mas sim em opção pelo não exercício desse direito pelo colaborador que, de forma voluntária, na presença de seu advogado, toma decisão nesse sentido. Raciocínio idêntico pode ser observado quando um acusado opta por não exercer esse direito e confessa a prática delitiva. Ora, a confissão é perfeitamente válida se ocorreu de forma voluntária.

---

[65] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Volume único. 6ª edição. Salvador: Editora JusPodvm, 2018, p.708/709.

[66] Art. 5º, LXIII, da CF: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Além de optar pelo não exercício do direito constitucional de permanecer em silêncio, **o colaborador deve assumir o compromisso legal de dizer a verdade**.

Por qual motivo o colaborador ainda deve prestar o compromisso de dizer a verdade?

Inicialmente cabe pontuar que o colaborador não responde pelo delito de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), pois o crime mencionado exige uma qualidade especial do sujeito ativo, qual seja, ser testemunha, *status* que não pode ser atribuído ao colaborador, que é necessariamente um partícipe ou coautor da infração penal. **A justificativa para o colaborador prestar o compromisso legal de dizer a verdade se dá em razão do crime previsto no art. 19 da Lei 12850/13[67], pois o colaborador pode praticar tal crime** se imputar, falsamente, sob o pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas.

O recebimento da proposta para a formalização de acordo de colaboração registra o início das negociações e constitui também o marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra de confiança e de boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. Nota-se que não é a confecção do termo de confidencialidade que marca o registro das negociações e, por conseguinte, o dever de sigilo, mas sim tão logo recebida a proposta de colaboração. Tal proposta de acordo de colaboração pode ser intentada pessoalmente pela parte interessada, que deverá estar assistida por um advogado ou defensor público, ou ser entabulada por sua Defesa Técnica, devendo nessa última hipótese ter procuração específica para tanto.

Questão: Formulada a proposta de acordo de colaboração premiada pela Defesa, o membro do MP ou a autoridade policial pode recusar tal acordo?

A resposta é afirmativa. Afinal de contas, a proposta pode ser rejeitada pelos citados órgãos atuantes na persecução penal (MP/Delegado de Polícia) caso entendam que as informações prestadas pela parte interessada não têm relevância para a persecução penal. Exemplo: O MP recusa a proposta por já existir vários elementos probatórios sobre a autoria e a materialidade delitiva da investigação em curso. Diante desse quadro, o MP deve indeferir sumariamente a proposta, apontando as razões para assim proceder.

Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar **Termo de Confidencialidade** para o prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa. Verifica-se, no ponto, o dever de lealdade e o respeito a boa-fé. Contudo, se existir justa causa poderá ocorrer o indeferimento da proposta. Exemplo de justa causa: Embora tenha assinado o citado termo de confidencialidade, o colaborador permanece na prática criminosa que foi objeto do acordo.

---

[67] Art. 19 da Lei 12.850/13: Imputar, falsamente, sob o pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

O recebimento de proposta de colaboração para análise ou Termo de Confidencialidade **não implica, por si só, a suspensão da investigação**, *ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares (ex: busca e apreensão) e assecuratórias (ex: arresto), bem como medidas processuais cíveis admitidas pela* legislação *processual civil em vigor*.

O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.

Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos. Lembre-se que **nenhuma tratativa sobre a colaboração premiada deve ser realizada sem a presença do advogado constituído ou defensor público**. Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público.

No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. Trata-se da adoção do dever de lealdade e boa –fé (*queen for a day/proffer session* – se o não for firmado o acordo, todas as informações dadas pelo colaborador devem ser desconsideradas).

Previsão legal do instituto da colaboração premiada

O instituto da colaboração premiada tem previsão em diversas leis do nosso ordenamento jurídico. Faremos uma cronologia desse instituto no Direito Brasileiro. Vejamos.

O primeiro diploma legal a tratar do tema foi a **Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)** em seu art. 8º, parágrafo único[68]. Nesse caso, o prêmio legal será a redução de pena (1 a 2/3) para o participante e o associado que denunciar à autoridade a associação criminosa constituída para a prática de crimes hediondos ou assemelhados (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes).

[68] Art. 8º, parágrafo único, da Lei 8072/90: O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)

A Lei 8.072/90 também foi responsável por instituir a colaboração premiada no Código Penal ao acrescentar o **§4º ao art. 159 do Código Penal**[69]. Na espécie, o prêmio legal também foi a redução de pena (1 a 2/3) se o coautor denunciar a associação criminosa, facilitando a libertação do sequestrado.

Em seguida, a Lei 9.080/95 realizou modificações na **Lei 7.492/86**[70] (Lei que define os crimes contra o Sistema Financeiro) e na **Lei 8.137/90**[71] (Lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) para prever o instituto da colaboração premiada. Nas citadas leis, o prêmio legal é a redução de pena (1 a 2/3) se o coautor denunciar a autoridade (policial ou judicial) toda a trama delituosa.

A colaboração premiada também está na Lei de Lavagem de Capitais (**Lei 9.613/98**, com redação dada pela Lei 12.683/12). Nessa situação, o colaborador pode ter a pena reduzida de 1 a 2/3 e ter a pena cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coatores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos **ou** valores objeto do crime (art. 1º, §5º, da Lei 9613/98). Observe que os objetivos elencados na Lei de Lavagem de Capitais não são cumulativos, ou seja, a colaboração premiada já será devida se verificar um desses objetivos legais.

Posteriormente, a **Lei 9.807/99** (Lei de proteção às testemunhas) cuidou do temário colaboração premiada em seu artigo 13[72]. Na situação em apreço, o legislador admitiu a possibilidade de aplicação do instituto da colaboração premiada para a prática de **qualquer crime** desde que o agente, primário, de forma voluntária, tenha colaborado de modo efetivo para a investigação e o processo penal, tendo um dos seguintes resultados: I – identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

---

[69] Art. 159, §4º, do CP: Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denuncia-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

[70] Art. 25, §2º da Lei 7492/86: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços)

[71] Art. 16, parágrafo único, da Lei 7492/86: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços)

[72] Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

A **Lei de Drogas** (Lei 11.343/06) também previu a colaboração premiada em seu art. 41[73], tendo como prêmio legal a redução da pena para o agente colaborador (indiciado ou acusado) que apontar os demais coautores ou partícipes ou contribuir para recuperação total ou parcial do produto do crime.

A colaboração premiada restou também contemplada na **Lei 12.529/11** (diploma que estrutura o **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**) nos artigos 86 e 87. No at. 86 da referida lei há uma colaboração premiada de cunho administrativo, em que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) entabula um **acordo de leniência** com pessoas físicas e jurídicas que tenham praticado infração à ordem econômica e que dessa colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos na infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou investigada. Já o art. 87 da Lei 12.529/11, por sua vez, versa sobre as consequências penais e processuais penais decorrentes do acordo de leniência. A celebração desse acordo de leniência, também denominado acordo de brandura ou doçura, determina a suspensão da fluência do prazo prescricional e obsta o oferecimento de denúncia em desfavor do agente beneficiário da leniência. Cumpridos os termos do acordo de leniência pelo agente, os crimes nele referidos têm automaticamente extintos a punibilidade.

Em sequência, o instituto da colaboração premiada foi instituído na Lei **12850/13 (Lei de Organização Criminosa)**. Veremos essa situação mais detalhada a seguir.

Colaboração premiada na Lei 12.850/13

A Lei 12.850/13 (art. 4º, §1º) exige que a colaboração premiada seja **efetiva** a ponto de produzir um dos seguintes **resultados**:

1) Identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas.
2) A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
3) A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
4) A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
5) A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[73] Art. 41 da Lei 11343/06: O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um terço a dois terços.

Para fazer jus ao prêmio legal da colaboração premiada na Lei 12850/13 basta a ocorrência de um desses objetivos. Vale dizer, os **objetivos** estampados no art. 4º da Lei 12850/13 são **alternativos**.

A concessão dos prêmios legais (penais e processuais) é cabível apenas quando demonstrada no caso concreto a ocorrência da **eficácia objetiva da colaboração premiada**. Exemplo: Um integrante da organização criminosa revela o paradeiro da vítima, porém ao chegar no cativeiro os policiais descobrem que a ofendida já estava morta. Logo, não há que se falar na concessão de qualquer prêmio legal, pois não houve eficácia objetiva da colaboração premiada. Em resumo, **para os fins de concessão dos prêmios legais não basta apenas o arrependimento e a prestação de informações do agente colaborador, é de fundamental importância aferir no plano fático se as informações prestadas foram objetivamente eficazes para a consecução do objetivo estampado em lei**.

Também não será caso de concessão de prêmio legal se o agente colaborador, embora tenha prestado informações em sede inquisitorial, retratar-se em juízo. Em outras palavras, a colaboração inicial prestada diante de um Delegado de Polícia perde relevância se não for ratificada em juízo, por não ter contribuído de fato para o alcance do resultado previsto em lei. Afinal de contas,

> "em qualquer caso a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstancias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração" (art. 4º, §1º, da Lei 12.850/13).

Tem que existir também **nexo causal entre a colaboração prestada pelo agente colaborador e o objetivo estipulado em lei**. Exemplo: O agente colaborador narra o local onde se encontra o produto do crime ao Ministério Público Federal. Todavia, o produto do crime é encontrado por agentes da Polícia Federal que desconheciam essa informação. Nessa situação o agente colaborador também não fará jus aos prêmios legais.

Prêmios legais aplicáveis na Colaboração premiada

O colaborador pode ser agraciado com os seguintes benefícios (prêmios) legais:

1) **Diminuição de pena** – O art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/13 apenas faz referência ao máximo da causa de diminuição da pena privativa de liberdade ao usar os seguintes termos "reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade". Em que pese a omissão legislativa quanto à menor fração incidente para diminuição da pena privativa de liberdade, a doutrina entende que o parâmetro mínimo deve ser 1/6 da pena, que é a menor fração incidente para as causas de diminuição de pena existente no Código Penal e na legislação penal extravagante. Essa é a posição de Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renato Brasileiro de Lima. Se a **colaboração for posterior à sentença**, a pena poderá ser **reduzida até metade**[74].

---

[74] Art. 4º, §5º, da Lei 12.850/13: Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Em resumo, se a colaboração ocorrer **antes da sentença**, ou seja, o agente colaborador pode ter sua pena reduzida em **até dois terços (2/3)**. Se a colaboração ocorrer **após a sentença**, ou seja, essa pena poderá ser reduzida em **até metade (1/2)**.

2) **Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal** – As hipóteses das penas restritivas de direitos estão previstas nos arts. 43 e 44 do Código Penal.

3) **Perdão Judicial** - O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade descrita no art. 107, IX, do Código Penal. Nos termos da súmula 18 do STJ, a sentença concessiva de perdão judicial é declaratória de extinção de punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório e, segundo o art. 120 do CP, não é levada em conta para efeitos de reincidência. Os Tribunais entendem que o perdão judicial somente pode ser concedido ao final do processo. Com isso, é correto dizer que esse agente colaborador será denunciado, processado e receberá esse benefício legal somente ao final do processo.

Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Código de Processo Penal (art. 4º, §2º, da Lei 12850/13).

4) **Sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia ou suspensão do processo com a consequente suspensão do prazo prescricional por até 6 meses, prorrogáveis por igual período** – É o que dispõe o art. 4º, §3º, da Lei 12.850/13: "*O prazo para o oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.*" Esse benefício legal está restrito ao agente colaborador. Significa dizer que em relação aos demais integrantes da organização criminosa (investigados ou acusados) não há que se falar em sobrestamento da persecução penal.

4) **Não oferecimento da denúncia**: O Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração premiada referir-se a infração cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, §4º, da Lei 12.850/13). Considera-se existente o conhecimento prévio da infração *quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.*

5) **Progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos**: No caso de a colaboração premiada ser posterior à sentença, é possível a concessão de progressão de regime de cumprimento de pena ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4º, §5º, da Lei 12.850/13). Observem que a lei dispensa tão somente o cumprimento do requisito objetivo, isto é, aquele referente ao tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, permanecendo ainda obrigatório o preenchimento do requisito subjetivo, qual seja, o bom comportamento carcerário. Por esse prêmio legal resta claro que a colaboração também pode ser concedida na fase da execução penal.

Questão: A concessão dos prêmios legais em sede de colaboração premiada é um direito subjetivo do agente colaborador?

Se a colaboração for objetivamente eficaz e se alcançou o(s) objetivo(s) estampados na lei, **o agente colaborador tem direito subjetivo aos prêmios estabelecidos no acordo**, inclusive de natureza patrimonial.

Contudo, existe discricionariedade ao magistrado para selecionar o prêmio legal que ao colaborador será concedido.

__**Questão**__: Quais são os critérios utilizados pelo magistrado para a concessão dos prêmios legais ao agente colaborador?

O juiz levará em conta __**2 critérios cumulativos**__: a) __**eficácia objetiva das informações passadas pelo agente colaborador**__; b) __**as circunstâncias judiciais do agente colaborador**__ (natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso). É o que estabelece o art. 4º, §1º, da Lei 12850/13: "*Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*".

__**Questão**__: Qual é o valor probatório da colaboração premiada?

Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento **apenas** nas declarações do agente colaborador (art. 4º, §16, da Lei 12850/13). As declarações do colaborador devem se somar aos demais elementos probatórios produzidos em juízo. Daí que surge a **regra da corroboração**, isto é, __o agente colaborador deve trazer aos autos elementos de prova capazes de demonstrar a veracidade de suas declarações__. Exemplo: Apontar o local em que o produto do crime é escondido, auxiliar na tarefa de identificar números de telefones para permitir a interceptação telefônica, etc.).

__**Questão**__: Durante a audiência judicial é possível a realização de reperguntas ao agente colaborador pelos advogados dos demais acusados delatados?

A contar da alteração no Código de Processo Penal promovida pela Lei 10792/03, as partes passaram a ter oportunidade de formular reperguntas ao acusado durante seu interrogatório. Pois bem. A resposta é afirmativa, porquanto as declarações do acusado colaborador têm natureza de prova testemunhal em relação aos demais comparsas, razão pela a esses deve ser assegurada a oportunidade de elaborar reperguntas, tudo em prol do contraditório e da ampla defesa. Aliás essa é a posição do Supremo Tribunal Federal:

> "HABEAS CORPUS" - SÚMULA 691/STF - INAPLICABILIDADE AO CASO - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE

- NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) - O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO "DUE PROCESS" - INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO "EX OFFICIO", COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA "PERSECUTIO CRIMINIS". - O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. - O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao "due process of law", além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam

a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW", VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. - Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) - de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (HC 94016, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008)

1.11 - Acordo de Colaboração premiada

Uma das grandes novidades advindas com a Lei nº 12.850/13 foi justamente o acordo de colaboração premiada. Com a finalidade de conferir mais segurança jurídica ao instituto da colaboração premiada, a Lei 12850/13 passa a estipular as regras para a celebração desse acordo. Eis a redação do art.6º, da Lei 12850/13:

“O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.”

Para existir maior segurança jurídica, a lei 12.850/13 previu que o acordo de colaboração premiada deve ser **escrito**. Todavia, não é possível concluir que esse acordo é indispensável para a concessão dos prêmios legais. Basta imaginar numa colaboração eficaz que tenha contribuído para a ocorrência dos objetivos legais, o colaborador fará jus aos prêmios legais, malgrado inexista o acordo escrito. Essa é a lição do professor Renato Brasileiro de Lima: “Por mais que a existência desse acordo não seja condição *sine qua non* para a concessão dos prêmios legais decorrentes da colaboração premiada, sua celebração é de fundamental importância para

a própria eficácia do instituto. Afinal, a lavratura desse pacto entre acusação e defesa confere mais segurança e garantias ao acusado, que não ficará apenas com uma expectativa de direito, que, ausente o acordo, poderia ou não ser reconhecida pelo magistrado. Ainda que esse acordo de colaboração premiada não tenha sido formalizado durante o curso da fase investigatória, é perfeitamente possível que o Ministério Público, por ocasião do oferecimento da peça acusatória, formule proposta de colaboração premiada a um dos denunciados, com requerimento de sua oitiva (e da defesa técnica), com subsequente apreciação pelo juiz”[75].

O legislador ainda exigiu a assinatura de advogado do colaborador no termo do acordo de colaboração premiada. Tal medida visa assegurar não apenas a observância dos direitos e garantias fundamentais do colaborador, assim como a regularidade do ato de colaboração. Por essa razão, em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, **o colaborador deverá ser assistido por defensor** (art. 4º, §15, da Lei 12.850/13).

Chamo ainda a atenção de vocês para destacar que a colaboração tem que ser **voluntária**, ou seja, o agente tem quer vontade livre para realizar esse acordo. **Não necessita ser espontânea**, isto é, a ideia tem partido do próprio agente colaborador. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador. (art. 4º, §13, da Lei 12.850/13)

Segundo posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 127.483), a colaboração será considerada válida, ainda que o agente colaborador esteja preso no momento da celebração desse acordo.

Questão: Terceiro pode impugnar acordo de colaboração premiada já homologado?

A resposta é negativa. Esse tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que um dos réus na operação Lava-Jato impetrou no STF *habeas corpus* contra ato do Min. Teori Zavascki, que homologou o acordo de delação premiada de Alberto Youssef. No *habeas corpus*, a defesa sustentava, dentre outras teses, que o colaborador não tinha idoneidade para firmar acordo, sendo inverídicas as informações por ele transmitidas, demonstrando, dessa forma, desprezo com a verdade. Com essas premissas, pugnou para o acordo ser declarado ilícito e todas as provas por ele derivadas como ilegais. Vejamos esse importante julgado do STF:

> Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a

[75] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Volume único. 6ª edição. Salvador: Editora JusPodvm, 2018, p.734.

voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada.

1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, “i”, da Constituição Federal.

2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal).

3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no

respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor.

8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13).

9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.

10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.

11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

12. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada. (HC 127483, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015)

Qual é a atuação do juiz no acordo de colaboração premiada?

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração premiada, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (art. 4º, §6º, da Lei 12.850/13). Realizado esse acordo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* do art. 4º

da Lei nº 12.850/13; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Vale ainda destacar que o juiz ou o Tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Código Penal e do Código de Processo Penal, antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A do art. 4º ou se já tiver sido proferido sentença.

São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

Reparem que tem legitimidade para propor esse acordo tanto o Delegado de Polícia (na fase investigação da persecução penal, com prévia manifestação do Ministério Público) como o Ministério Público (a qualquer tempo).

Por não ser titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF) e, por conseguinte, por não figurar como parte na relação jurídica processual ante a falta de capacidade postulatória para tanto, prevalecia o entendimento de que a autoridade policial (Delegado de Polícia) não podia celebrar diretamente com o colaborador e seu defensor o acordo de colaboração premiada. Todavia, não foi esse o entendimento acolhido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. Reforçando o previsto no art. 4º, §6º, da Lei 12.850/13, o Pretório Excelso entendeu que o Delegado de Polícia pode formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial (STF. Plenário. ADI 5508/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20/6/2018 -Informativo 907).

Para preservar a sua imparcialidade e em prol do sistema acusatório (art. 129, I, da CF), o magistrado não participa das tratativas do acordo de colaboração premiada, permanecendo equidistante das partes. Tudo isso ocorre porque realizado o acordo de colaboração premiada, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deve verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/13). Por essa decisão o juiz apenas homologa o acordo se preenchidos os requisitos legais, ou seja, não é julgado o mérito da pretensão acusatória, limitando-se ao pronunciamento quanto a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. A eficácia da colaboração premiada, sobretudo com as provas apresentadas, será analisada tão somente no momento do julgamento, nos exatos termos do art. 4º, §11º, da Lei 12.850/13.

Questão: O juiz é obrigado a homologar o acordo de colaboração premiada?

A resposta é negativa. O **juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias** (art. 4º, §8º, da Lei 12.850/13). Se o acordo não foi homologado pelo magistrado, é evidente que dele não pode ser produzido qualquer efeito. Por não existir previsão legal de recurso, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que cabe *habeas corpus* contra a decisão que não homologa ou que homologa apenas parcialmente o acordo de colaboração premiada. (STF. 2ª Turma. HC 192063/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/2/2021 - Informativo 1004 do STF)

Questão: O Poder Judiciário pode obrigar o representante do Ministério Público celebrar acordo de colaboração premiada?

A resposta é negativa, eis que

> “ não existe direito líquido e certo a compelir o Ministério Público à celebração do acordo de delação premiada, diante das características desse tipo de acordo e considerando a necessidade de distanciamento do Estado-Juiz deve manter durante o cenário investigado e a fase de negociação entre as partes do cenário investigativo. O acordo de colaboração premiada, além de meio de obtenção de prova, constitui-se em um negócio jurídico processual personalíssimo, cuja conveniência e oportunidade estão submetidos à discricionariedade regrada do Ministério Público e não se submetem ao escrutínio do Estado-Juiz. Em outras palavras, trata-se de ato voluntário insuscetível de imposição judicial.” (MS 35693, 2ª Turma do STF, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/5/2019)

Questão: A quem compete homologar o acordo de delação premiada em caso de órgão colegiado (Tribunal)?

Nessa situação, a homologação do acordo de colaboração premiada não será enfrentada pelo órgão colegiado, mas sim conduzida pelo **Relator**, pessoa que analisará os requisitos da regularidade, da legalidade e da voluntariedade para a homologação. Outra não é a posição do Supremo Tribunal Federal:

> QUESTÃO DE ORDEM EM PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. I. DECISÃO INICIAL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E ATRIBUIÇÃO. REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. RISTF. PRECEDENTES. II. DECISÃO FINAL DE MÉRITO. AFERIÇÃO DOS TERMOS E DA EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DIFERIDO. COMPETÊNCIA COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
>
> 1. Nos moldes do decidido no HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3.2.2016, reafirma-se a atribuição ao Relator, como corolário dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Regimento Interno do STF, para ordenar a realização de meios de obtenção de prova (art. 21, I e II do RISTF), a fim de, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se restringe ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, nos limites do art. 4ª, § 7º, da Lei n. 12.850/2013.
>
> 2. O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal

exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito.

3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade (STF, Pet 7074 QO, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017).

OBS: Se existir conexão entre o conteúdo das tratativas da colaboração premiada e o delito investigado, a autoridade judiciária competente para apreciar a homologação do acordo será o Juízo prevento, ou seja, aquele que supervisionou a investigação (STF, Pet 7074 QO, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017)

Questão: Qual é o momento para a celebração desse acordo de colaboração premiada?

O acordo de colaboração premiada pode ser firmado **a qualquer tempo**, ou seja, em qualquer fase da investigação, do processo e até mesmo após a sentença condenatória irrecorrível[76], notadamente quando as informações prestadas pelo agente colaborador ainda forem objetivamente úteis.

Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações (art. 4º, §9º, da Lei 12.850/13). Não estamos diante de uma nova colaboração, mas sim apenas de prestação de esclarecimentos.

A homologação de acordo de colaboração, em regra, terá que se dar perante o juízo competente para autorizar as medidas de produção de prova e para processar e julgar os fatos delituosos cometidos pelo colaborador. Caso a proposta de acordo aconteça entre a sentença e o julgamento pelo órgão recursal, a homologação ocorrerá no julgamento pelo Tribunal e constará do acórdão. (STF. 2ª Turma. HC 192063/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/2/2021 - Informativo do STF 1004)

Questão: Pode existir retratação da proposta de colaboração?

---

[76] Art. 4º, §5º, da Lei 12850/13: Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

A resposta é afirmativa. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (art. 4º, §10, da Lei 12.850/13). Vale dizer, existindo a retratação por qualquer das partes, as provas poderão ser empregadas livremente no curso da ação penal, exceto em desfavor do colaborador. Impende ainda destacar que existe um marco legal para essa retratação, ou melhor, se a proposta já tiver sido homologada pela autoridade judiciária não será mais cabível a retratação.

Como já mencionamos, novamente na sentença o juiz analisará a regularidade do acordo de colaboração e a sua eficácia (art. 4º, §11, da Lei 12.850/13). É nessa etapa processual que o magistrado optará pelos prêmios legais.

Questão: O descumprimento do acordo de colaboração premiada autoriza imediatamente a prisão preventiva do colaborador?

O não cumprimento de cláusulas do acordo de colaboração premiada ou a frustração na sua realização não autoriza, **por si só**, **na decretação da prisão preventiva**, não sendo prevista em lei tal consequência pelo descumprimento do acordo. Vale dizer, ainda que descumprido o acordo de colaboração premiada, o agente somente poderá ser submetido a uma custódia cautelar se presentes os requisitos da prisão preventiva. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. DESCUMPRIMENTO. CAUSA DE IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PROCESSUAL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A prisão processual desafia a presença de algum dos requisitos previstos no art. 312 do CPP.
>
> 2. Inexiste relação necessária entre a celebração e/ou descumprimento de acordo de colaboração premiada e o juízo de adequação de medidas cautelares gravosas. 3. A teor do art. 316, CPP, a imposição de nova prisão preventiva desafia a indicação de base empírica idônea e superveniente à realidade ponderada no momento da anterior revogação da medida prisional.
>
> 4. Ordem parcialmente concedida, com confirmação da liminar deferida. (HC 138207, Relator: Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/04/2017)

Questão: Em que momento deve o réu não colaborador deve apresentar suas alegações finais?

Em julgamento realizado no ano de 2.019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que **o réu delatado tem o direito de apresentar suas alegações finais depois do réu delator**.

> "O direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa deve permear todo o processo legal, garantindo-se sempre a possibilidade de manifestações oportunas da defesa, bem como a possibilidade de se fazer ouvir no julgamento e de oferecer, por último, os memoriais de alegações finais. Pouco importa, na espécie, a qualificação jurídica do agente acusador: Ministério Público ou corréu colaborador. A colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova (Lei 12.850/2013, art. 3º, I) (1). Permitir, pois, o oferecimento de memoriais escritos de réus colaboradores, de forma simultânea ou depois da defesa —

sobretudo no caso de utilização desse meio de prova para prolação de édito condenatório — comprometeria o pleno exercício do contraditório, que pressupõe o direito de a defesa falar por último, a fim de poder reagir às manifestações acusatórias. O direito de a defesa falar por último decorre do sistema normativo, como se depreende do Código de Processo Penal (CPP). A inversão processual consagrada pela intelecção que prestigia a manifestação final de réus colaboradores por último, ou simultaneamente, ocasiona sério prejuízo ao delatado, que não pode se manifestar para repelir os argumentos eventualmente incriminatórios ou para reforçar os favoráveis. Inexistente dispositivo processual expresso, é evidente que, sob pena de nulidade, os réus colaboradores não podem se manifestar por último, em razão da carga acusatória que existe em suas informações.Fere, igualmente, as garantias de defesa, todo expediente que impede o acusado, por meio do defensor, de usar sua palavra por último. Isso porque, independentemente de estar despida de roupagem acusatória, a peça processual das alegações finais, ao condensar todo o histórico probatório, pode ser determinante ao resultado desfavorável do julgamento em relação ao acusado, o que legitima este a merecer a oportunidade de exercitar o contraditório. O prejuízo da defesa é, portanto, induvidoso. Só se poderia afastar o nexo entre o defeito processual e a certeza do prejuízo da defesa se o resultado do julgamento tivesse sido favorável a ela. Isso não se verifica na hipótese de condenação (HC 157627, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/8/2019).

OBS: Com o advento da Lei nº 13.964/19, esse entendimento jurisprudencial passou a constar expressamente no art. 4º, § 10º-A, da Lei nº 12.850/13, ou seja, <u>em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou</u>. Cumpre destacar que essa regra não se limita tão somente à ordem de apresentação dos memorais, mas sim alcança todas as etapas processuais. Assim, por exemplo, em interrogatório, o acusado delatado deve ter a oportunidade de praticar o seu direito de audiência após a oitiva do agente colaborador.

OBS2: Segundo o STF, cabe *habeas corpus* nos casos em que não envolvem risco imediato de prisão, bem como na análise da licitude de determinada prova ou no pedido para que a defesa apresente por último as alegações finais, se houver a possibilidade de condenação do paciente, porquanto na espécie existe discussão acerca do direito de locomoção *(HC 157627, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/8/2019).*

Há a necessidade de que o registro das tratativas e dos atos de colaboração ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

Além da decisão de mérito, as medidas cautelares reais ou pessoais e a decisão de recebimento da denúncia ou queixa não poderão ser fundamentadas apenas na palavra do colaborador, conforme determina o art. 4º, §16º, da Lei nº 12.850/13.

O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.

Não confunda anulação do acordo de colaboração premiada com rescisão de tal negócio jurídico.

A anulação do acordo de colaboração premiada ocorre quando esse negócio jurídico estiver fulminado por algum defeito, nos moldes do art. 166 do CC. Exemplos de casos de anulação: 1) ausência de voluntariedade do agente colaborador em participar do negócio jurídico processual (v.g., constrangimento praticado por integrante do MP); 2) Inobservância do direito constitucional ao silêncio; 3) não participação de advogado/defensor em todos os atos do acordo de colaboração premiada, malferindo a regra do art. 4º, §15, da Lei nº 12.850/13. Nesse caso, reconhecida essa nulidade pela autoridade judiciária, quer no instante da homologação do acordo (art. 4º, §7º, I e IV, da Lei nº 12.850/13), quer no momento da decisão final do processo, as provas entregues pelo colaborador, bem como aquelas delas derivadas, em prol do princípio dos furtos da árvore envenenada, serão declaradas ilícitas, tudo em conformidade com o art. 157, caput, e §1º, do Código de Processo Penal.

Já a rescisão do acordo de colaboração premiada opera no instante em que uma das partes não honrar as obrigações assumidas no momento da celebração da citada avença. Exemplos de causas de rescisão: 1) fuga do agente colaborador; 2) reserva mental ou mentira praticada pelo agente colaborador no tocante aos fatos em investigação; 3) destruição de provas que estava em seu poder; 4) recusa a entregar informações de seu conhecimento atinentes ao objeto do acordo; 5) cometimento de crime da mesma natureza dos fatos em análise depois da homologação judicial da avença. Segundo leciona o professor Renato Brasileiro de Lima:

> As consequências decorrentes da rescisão dependem da parte que a ela deu causa. Quando a causa da rescisão puder ser imputada exclusivamente ao colaborador, dar-se-á a perda do prêmio negociado, assim como o aproveitamento integral das provas por ele fornecidas, inclusive as autoincriminatórias. Noutro giro, havendo a rescisão do acordo por fato imputável ao Ministério Público, o colaborador poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, assegurada a manutenção dos benefícios concedidos e as provas já produzidas. De se notar, portanto, que a rescisão do acordo de colaboração premiada por responsabilidade exclusiva do colaborador não tem o condão de acarretar a invalidação do conjunto probatório por ele fornecido. A propósito, em importante decisão acerca do assunto pelo Plenário do Supremo em caso concreto envolvendo a colaboração de integrantes de determinado grupo empresarial, concluiu-se que a possibilidade de rescisão ou de revisão, total ou parcial, de acordo de colaboração premiada, devidamente reconhecido pelo Poder Judiciário, em decorrência de descumprimento de deveres assumidos pelo colaborador, não propicia conhecer e julgar alegação de imprestabilidade das

provas, porque a rescisão ou revisão tem efeitos somente entre as partes, não atingindo a esfera jurídica de terceiros."[77]

Em resumo, enquanto a anulação do acordo de colaboração premiada gera o reconhecimento da ilicitude das provas fornecidas pelo agente colaborador, a rescisão de referida avença se gerada por má-fé do colaborador não obsta o aproveitamento das provas decorrentes da colaboração, ainda que autoincriminatórias.

Direitos do Colaborador

O art. 5º da Lei 12850/13 fez questão de ressalvar **os direitos do colaborador**:

I - USUFRUIR DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA (LEI Nº 9.807/99);
II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Publicidade do acordo de colaboração premiada

O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo **até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime**, sendo vedado ao magistrado por sua publicidade em qualquer hipótese (art. 7º, §3º, da Lei 12850/13).

1.12 - Infiltração de agentes

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

[77] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Pacote Anticrime*. 1ª edição. Salvador: Editora JusPodvm, 2020, p.547.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

A infiltração de agentes é uma técnica especial de investigação em que um agente da polícia, ocultando-se a sua verdadeira identidade, infiltra-se no seio de uma organização criminosa com o escopo de colher o maior número de informações possíveis sobre essa organização criminosa, tais como divisão de tarefa, estrutura hierárquica, delitos por ela praticados, etc...

Atualmente o instituto da infiltração de agentes está presente na Lei de Drogas[78], na Lei de Organização Criminosa e na Lei de Lavagem de Dinheiro.

A atribuição para essa infiltração é de agente da Polícia, isto é, é aquele agente da polícia judiciária, encarregado de apurar a infração penal, bem como sua autoria. Assim, resta dizer que particular não pode atuar como agente infiltrado ante a ausência de previsão legal. Esses agentes particulares são denominados gansos ou informantes.

Quais são os requisitos para a infiltração de agentes?

1) Nos termos do art. 10, §2º, da Lei 10.850/13, será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de organização criminosa e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.
2) Concordância do agente de polícia. Isso se dá devido ao caráter invasivo e, sobretudo, da necessidade de ocultação de identidade. Vale dizer, ao agente de polícia não pode ser imposto a infiltração policial. Por esse motivo, o art. 14, I, da Lei 12.850/13 estabeleceu que é direito do agente recusar a infiltração ou fazer cessar a atuação infiltrada.
3) Prévia autorização judicial: Essa autorização judicial deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade absoluta, conforme determina o art. 93, IX, da Constituição Federal.

---

[78] Art. 53 da Lei 11.343/06: Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

4) Indispensabilidade da infiltração: A infiltração será cabível quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, ou seja, deve ser encarada como a *ultima ratio*. Cuida-se da adoção do subprincípio da necessidade do princípio da proporcionalidade.

Questão: Qual é o tempo de duração da infiltração?

A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade. Ao final do prazo da infiltração, a autoridade policial deverá elaborar um relatório circunstanciado, detalhado, com todos os elementos que foram colhidos durante a infiltração e apresentá-lo ao Juiz, que dele dará ciência ao Ministério Público.

No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório de infiltração.

A doutrina norte-americana quanto ao grau de duração classifica a infiltração em 2 espécies:

- light cover: espécie de infiltração mais amena, que não ultrapassa 6 meses. Essa infiltração não necessita de mudança de identidade e nem perda de contato significativo com a família, pois não exige inserção contínua e permanente.
- deep cover: espécie de infiltração que se estendem por mais de 6 meses. Nesse caso é necessária uma imersão mais complexa no interior da organização criminosa. Em razão disso, é indispensável a mudança de identidade do agente de polícia, bem como perda significativa de contato com sua entidade familiar.

No tocante a forma, a infiltração de agente ainda pode ser catalogada em:

• infiltração preventiva: espécie de infiltração em que o agente acompanha o desenrolar da organização criminosa, sem cometer ilícito penal, para ter uma intervenção no instante em que ocorrer uma ação policial para desmantelar a organização criminosa.

- infiltração policial: espécie de infiltração em que o agente tem uma atuação ativa na organização criminosa, chegando a praticar condutas ilícitas em nome dessa organização.

OBS: Com o advento da Lei 13.441/17, que introduziu o art. 190-A no Estatuto da Criança e Adolescente[79], passou a existir no Brasil a infiltração de agentes virtual (eletrônica ou cibernética). Assim, atualmente existe

---

[79] Art. 190-A do ECA. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras: (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)

a infiltração presencial de agentes (Lei de Drogas e Lei de Organização Criminosa) e virtual (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Questão: Qual é a diferença entre agente infiltrado e o agente provocador?

O agente provocador (teoria da armadilha ou entrapment) está relacionado com a situação do flagrante preparado (ou provocado ou delito putativo por obra do agente provocador), ou seja, o agente induz os integrantes da organização criminosa à prática delituosa e, simultaneamente, toma todas as precauções necessárias para que o delito não se consume, aplicando-se, no ponto, a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação). Por sua vez, o agente infiltrado não exerce qualquer indução para a organização criminosa cometa crime, afastando, assim, a tese de crime impossível por eficácia absoluta do meio.

Questão: Qual é a responsabilidade criminal do agente infiltrado?

O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa (art 13 da Lei 12.850/13).

Questão: Quais são os direitos do agente infiltrado?

Como forma de proteger a integridade física do agente infiltrado, a Lei 12.850/13 estabeleceu os seguintes direitos a esse agente de polícia: a) recusa ou fazer cessar a atuação infiltrada; b) ter sua identidade alterada,

---

I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)
II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterá a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)
III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)
§ 1º A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)
§ 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, consideram-se: (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)
I – dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)
II – dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.
§ 3º A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios. (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)

aplicando-se, no que couber o disposto na Lei 9807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; c) ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; d) não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Procedimento da infiltração de agentes (arts. 11/12 da Lei 12.850/13) – O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes, conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração (art. 11 da Lei 12.850/13). Por ser uma medida de cunho subsidiário, o MP ou a autoridade policial deve demonstrar a necessidade da medida.

O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

Os autos contendo as informações da operação da infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

A Lei nº 13.964/19 fez acréscimos na Lei nº 12.850/13 para criar a infiltração virtual de agentes de polícia na internet, com o condão de apurar delitos descritos na Lei de Organização Criminosa e os crimes conexos. Trata-se de uma técnica de investigação autorizada apenas quando restar demonstrada a sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão que permitam a identificação dessas pessoas. Com exceção do prazo máximo, que não pode extrapolar a 720 dias, a infiltração virtual é absolutamente similar à infiltração presencial.

> Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e,

quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-D. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Observe ainda que o art. 10-C da Lei nº 12.850/13 prevê uma hipótese de estrito cumprimento do dever legal (causa excludente de ilicitude), porquanto assevera que não comete delito o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de crimes ligados à organização criminosa.

Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet. (art. 11, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13)

2 - Lei nº 14.064/20

2.1 - Maus tratos (art. 32 da Lei nº 9605/98)

Art. 32 da Lei nº 9.605/98. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§1-A. Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no ***caput*** deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

OBS: Esse dispositivo legal revogou o art. 64 da Lei de Contravenções Penais (crueldade contra animais).

Sujeito ativo: Cuida-se de crime comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa.

Elemento objetivo: Praticar ato de abuso significa extrapolar os limites do animal (ex: submeter o animal a trabalho excessivo). Ferir é lesionar o animal. Mutilar é arrancar parte do corpo do animal.

Animal silvestre é aquele pertencente às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. Animal doméstico é aquele que convive de forma harmoniosa com o homem. Exemplos: Cães e gatos. Animal domesticados são aqueles que foram retirados do ambiente silvestre, porém o convívio com o ser humano os deixou domesticados. Exemplos: araras e papagaios. Animais nativos são os oriundos do meio silvestre nacional. Ex: Logo guará. Animais exóticos são aqueles que são encontrados em local distinto do qual são originários. Ex: canguru.

Estamos diante de um tipo penal misto alternativo (crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado). Assim, se o agente praticar mais de uma conduta descrita no tipo penal, no mesmo contexto fático, em homenagem ao princípio da alternatividade, incorrerá num único delito.

Elemento subjetivo: É o dolo. Não existe a forma culposa.

Pena: Detenção, de 3 meses a 1 ano. Compatível com os institutos despenalizadores da transação penal e do *sursis processual*.

Figura equiparada. O art. 32, §1º, da Lei 9605/98 versa sobre condutas de vivissеção, ou seja, realizar experiência dolorosa e cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

Qualificadora. A pena será de reclusão de 2 a 5 anos, multa e proibição de guarda quando o abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação recair sobre cão ou gato. Criou-se uma pena restritiva de direito inédita, qual seja, **a proibição de guarda de animais**, que não está descrita no art. 43 do Código Penal e tampouco na Lei dos Crimes Ambientais. Além de seu caráter simbólico em razão da difícil fiscalização pelo Poder Público, nota-se ainda que referida sanção penal foi fixada com caráter perpétuo, o que malfere o descrito no art. 5º, XLVII, "b", da Constituição Federal[80].

Outro ponto de reflexão dessa novidade trazida pela Lei nº 14.064/20 recai sobre a *proporcionalidade dessa sanção quando cotejada com a lesão corporal grave (art. 129, §1º, do CP)*, tendo como ofendido o ser humano. Enquanto é cabível o instituto despenalizador do *sursis processual* para as hipóteses descritas no art. 129, §1º, do CP (incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração de parto), não há que se falar em tal medida

---

[80] Art. 5º, XLVII, da CF: Não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

despenalizadora para o art. 32, §1-A, da Lei nº 9.605/98, pois esse último tipo penal não é catalogado como um delito de médio potencial ofensivo, haja vista que a pena mínima é de 2 anos de reclusão.

Causa de aumento. A morte do animal acarreta no aumento da pena de 1/6 até 1/3.

3 - LEI Nº 14.071/20

Art. 312-B. Aos crimes previstos no § 3º do art. 302 e no § 2º do art. 303 deste Código não se aplica o disposto no inciso I do caput do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)

O art. 312-B do Código de Trânsito Brasileiro foi acrescentado pela Lei nº 14.071/20, de 13 de outubro de 2.020, *com vigência a contar de 180 dias da sua publicação oficial* (art. 7º da Lei nº 14.071/20).

Segundo se observa, a *mens legis* foi obstar a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para quem, **sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência**, cometer os delitos de trânsito de **homicídio culposo ou de lesão corporal culposa**, nas formas estampadas respectivamente nos arts. 302, §3º, e 303, §2º, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Em primeiro lugar, nota-se que estamos diante de uma norma penal mais gravosa (*novatio legis in pejus ou lex gravior*), motivo pelo qual não goza de eficácia retroativa, em conformidade com o art. 5º, XL, da Constituição Federal (princípio da irretroatividade da norma penal prejudicial ao acusado), ou seja, o Estado-Juiz deve aplicar a lei anterior, vigente ao tempo do crime, sem o óbice imposto no art. 312-B do CTB.

Verifica-se ainda que o art. 44, I, do Código Penal não era causa impeditiva para a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos agentes que tinham praticado, sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, os crimes de homicídio culposo (art. 302, §3º, do CTB) e de lesão culposa (art. 303, §2º, do CTB), na condução de veículo automotor. Afinal, por ser um delito culposo, não há que se falar no limite de pena de 4 anos estipulado no art. 44, I, do Código Penal, sendo tal conversão de pena perfeitamente possível antes da vigência da Lei nº 14.071/20.

De fato, o legislador não foi muito técnico ao confeccionar o art. 312-B do CTB, pois se o desiderato era justamente estabelecer um tratamento penal mais gravoso, deveria, então, ter feito menção ao art. 44, *caput*, do CP[81] e não ao art. 44, I, do CP, vez que a possibilidade de referida substituição de pena concentra-se no *caput* e não no inciso I do art. 44 do citado Código, que trata tão somente de um dos requisitos dessa conversão de pena, totalmente inócuo aos delitos culposos ante a não necessidade de observar qualquer limite de pena. Numa interpretação literal do art. 312-B do CTB, concluiríamos que, ao invés de vedar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o legislador teria facilitado sobretida

---

[81] Art. 44, caput, do CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:”

conversão, bastando o preenchimento do requisito previsto no inciso III do art. 44 do Código Penal, já que o inciso II do art. 44 do CP (reincidência em crime doloso) não se aplica aos delitos culposos.

221